



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - POSGRAP  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

**RAFAEL SOARES DE CERQUEIRA**

**A ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE OS PLANOS DE  
SAÚDE SUPLEMENTAR: A NOVA SISTEMÁTICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS  
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**

São Cristóvão - SE

2018

RAFAEL SOARES DE CERQUEIRA

**A ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE OS PLANOS DE  
SAÚDE SUPLEMENTAR: A NOVA SISTEMÁTICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS  
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**

Dissertação de Mestrado, exigida como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), na linha de pesquisa: Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos, sob a orientação do Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso.

São Cristóvão - SE

2018

RAFAEL SOARES DE CERQUEIRA

**A ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE OS PLANOS DE  
SAÚDE SUPLEMENTAR: A NOVA SISTEMÁTICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS  
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito à seguinte banca examinadora:

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso – Universidade Federal de Sergipe  
Orientador

---

Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão - Universidade Federal de Sergipe  
Avaliador Interno

---

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)  
Avaliador Externo

São Cristóvão-SE

2018

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha esposa Danielle, verdadeira anja, por toda a sua paciência, resiliência, apoio, motivação e colaboração para que fosse possível a execução deste trabalho, sempre ao meu lado, me acalmando e dizendo palavras doces, mesmo sem os carinhos rotineiros e sem a atenção que gosto de te dar. Obrigado por ter feito do meu sonho o nosso sonho!

Ao meu orientador, Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, pela confiança em mim depositada. Você sempre esteve presente em todos os momentos pelos quais um mestrando passa, da euforia ao desespero, sempre dispendendo parte preciosa de seu tempo para me ajudar a colocar minhas ideias de forma correta, sugerindo leituras específicas e descortinando meus raciocínios muitas vezes ainda encobertos. Ao final, posso dizer, com a certeza no coração, de que tive o privilégio de, ao longo destes dois anos, ganhar um verdadeiro amigo.

Aos meus colegas do mestrado Eliezer e José Leite que, sempre participativos, bem humorados e com suas ideias extremamente inteligentes, passaram de colegas a amigos queridos do peito.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, por esta incomparável oportunidade de absorver a cada dia do curso novos e profundos conhecimentos.

## RESUMO

O direito à saúde com a promulgação da Constituição de 1988 passou a ser considerado um direito fundamental social, sendo abordado de forma mais aprofundada na dissertação somente sob o viés da saúde suplementar, apesar de ser adotado no Brasil o sistema misto. Será estudada a dupla proteção conferida aos beneficiários/usuários dos planos de saúde, tanto como destinatário de direitos fundamentais, quanto consumidor de tais serviços. Também serão analisadas as políticas regulatórias aplicáveis ao setor, bem como a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos referentes à matéria, culminando com a análise da judicialização excessiva de tais políticas, bem como dos efeitos colaterais econômicos nocivos causados por esta prática. Para compreender e buscar possíveis respostas ao tema do impacto econômico causado pelas decisões judiciais ligadas a questão da saúde suplementar, será utilizado como marco teórico a teoria específica de Richard Alan Posner, baseada no instrumentos gerais trazidos pela ciência da Economia e, em especial, os fornecidos pela Análise Econômica do Direito (AED). Assim, com base neste viés pragmático e consequencialista, será possível compreender melhor o tamanho de tais impactos, já devidamente contextualizados de acordo com as novas disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A fonte de pesquisa com maior utilização será a doutrinária, através de obras publicadas sobre base física – livros e artigos publicados em revistas. Arquivos localizados na internet servirão como fonte subsidiária, especialmente para pesquisas jurisprudenciais, legislativas, e de textos estrangeiros. A exposição do tema será pautada pelo raciocínio dedutivo, partindo de aspectos mais gerais para os mais específicos, trazendo, no decorrer do estudo, as posições concordes ou discordes da doutrina acerca das posturas adotadas. Ao final da dissertação o que se pretende é justamente demonstrar a viabilidade técnica de implementação e utilização efetiva da AED, como modelo a ser adotado pelo Poder Judiciário quando da prolação de suas decisões, com o intuito de que seja mantida a segurança jurídica nas relações envolvendo os beneficiários/usuários e as operadoras de planos de saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde; Saúde suplementar; Análise Econômica do Direito (AED); Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); Impacto econômico das decisões judiciais.

## **ABSTRACT**

The right to health with the promulgation of the 1988 Constitution came to be considered a fundamental social right, being addressed in more depth in the dissertation only under the bias of supplementary health, although the mixed system was adopted in Brazil. The double protection granted to the beneficiary / user of the health insurance plans, both as a recipient of fundamental rights and as a consumer of such services, will be studied. It will also analyze the regulatory policies applicable to the sector, as well as the possibility of judicial control of administrative acts related to the matter, culminating in the analysis of excessive judicialization of such policies, as well as the harmful economic side effects caused by this practice. To understand and seek possible answers to the topic of economic impact caused by judicial decisions related to the issue of supplementary health, the theoretical theory of Richard Alan Posner, based on the general instruments brought by the science of economics and, in particular, provided by the Economic Analysis of Law (AED). Thus, based on this pragmatic and consequentialist bias, it will be possible to better understand the size of such impacts, already properly contextualized according to the new provisions contained in the Law of Introduction to Brazilian Law Norms (LINDB). The most widely used research source will be the doctrine, through works published on physical basis - books and articles published in journals. Files located on the Internet will serve as a subsidiary source, especially for jurisprudential, legislative, and foreign text searches. The exposition of the theme will be guided by deductive reasoning, starting from more general aspects to the more specific ones, bringing, in the course of the study, the concordant or discordant positions of the doctrine about the postures adopted. At the end of the dissertation, what is intended is precisely to demonstrate the technical feasibility of implementing and effectively using the AED, as a model to be adopted by the Judiciary when delivering its decisions, in order to maintain legal certainty in relations involving the beneficiaries / users and the health plan operators.

**KEYWORDS:** Right to health; Supplementary health; Economic Analysis of Law (AED); Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB); Economic impact of judicial decisions.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AED - Análise Econômica do Direito

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CC - Código Civil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

#### **1- O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E AS POLÍTICAS APLICADAS AO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

- 1.1- A dupla proteção ao consumidor do serviço de saúde como direito fundamental
- 1.2- O sistema de saúde previsto na Carta Magna: a questão da saúde privada
- 1.3- Políticas regulatórias aplicáveis ao setor de saúde suplementar
- 1.4- Possibilidade de controle das questões de saúde suplementar pelo Poder Judiciário

#### **2- SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO**

- 2.1- O poder normativo das agências reguladoras
- 2.2- A atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)
- 2.3- Contrato de plano privado de assistência à saúde
- 2.4- Judicialização da saúde suplementar no Brasil

#### **3- A ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR: A NOVA SISTEMÁTICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**

- 3.1- A análise econômica do direito (AED) e sua aplicabilidade
- 3.2- Análise Econômica do impacto das decisões judiciais sobre os planos de saúde suplementar com base nas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e nas alterações promovidas na LINDB
- 3.3- Estudo de *hard cases* envolvendo a saúde suplementar e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

### **CONCLUSÕES**

### **REFERÊNCIAS**



## INTRODUÇÃO

O direito à saúde surge como um direito fundamental social devidamente consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo uma tendência internacional, que se iniciou de forma mais intensa com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), proclamada em 10 de dezembro de 1948, no sentido de fazer com que os Estados passem a inserir, em suas Constituições, pelo menos um núcleo de direitos fundamentais, que será mais ou menos extenso de acordo com a construção histórica e jurídica de cada Nação.

O legislador constituinte brasileiro se preocupou em inserir uma seção inteira em nossa Constituição versando sobre o direito à saúde, inicialmente dispondo que a mesma é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida mediante a elaboração e implementação de políticas sociais e econômicas específicas para esta área, por meio da adoção de um sistema misto de prestação de serviços, englobando a saúde pública (serviços prestados diretamente pelo Estado, por meio da criação do Sistema Único de Saúde – SUS); a saúde complementar (serviços prestados pelas entidades filantrópicas e por aquelas sem fins lucrativos, formalizados juridicamente através do estabelecimento de convênios ou contratos de direito público firmados com o SUS); e, saúde suplementar (serviços realizados diretamente pelas operadoras de planos e seguros de saúde, de forma privada, mas tendo que observar as diretrizes previstas na Lei nº 9.656/98, marco regulatório de tal setor, bem como das demais normas produzidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Esta atividade prestada em caráter privatista, na seara da saúde suplementar, é integralmente realizada sob a fiscalização e regulação do Estado, o que corre mediante a normatização realizada pela Agência Reguladora responsável pelo setor, qual seja, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A partir de tais previsões constitucionais e infraconstitucionais é criada a figura dos beneficiários/usuários dos planos de saúde, que se encontram duplamente protegidos por nosso ordenamento jurídico, ora como destinatários das normas inerentes aos direitos fundamentais sociais previstos em nossa Carta Maior, ora sendo considerados consumidores e protegidos em nível infraconstitucional, por serem considerados hipossuficientes. Ambas as espécies de proteção foram criadas

para proteger os mesmos contra eventuais ações abusivas das operadoras dos planos de saúde.

A presente dissertação, intitulada “A análise do impacto das decisões judiciais sobre os planos de saúde suplementar: A Nova Sistemática da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e constitui o trabalho central do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (UFS), em curso de Mestrado, com área de concentração em Constitucionalização do Direito, mais especificamente na linha de pesquisa sobre o processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

O tema da tese envolve a análise dos impactos causados pela judicialização da saúde suplementar. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é o órgão responsável pela regulação do setor da saúde privada, elaborando normas responsáveis por definir diretrizes gerais para a atuação das operadoras de planos de saúde, sempre tentando buscar o equilíbrio entre os participantes do setor – a justa composição. O Judiciário, quando toma algumas decisões, com seu conhecimento pontual, tópico e não sistêmico, impacta sempre negativamente o sistema regulatório como um todo, considerando, com base em alguns dos instrumentos usados na Análise Econômica do Direito (AED), que a decisão judicial é uma externalidade negativa.

Ao investigar tal problema, o principal objetivo é identificar uma resposta possível para dar mais segurança jurídica e previsibilidade às decisões judiciais para o setor regulado, com base na análise das questões jurídicas e econômicas ligadas à busca pela tutela jurisdicional como garantidora, na maioria dos casos com base em ações individuais, do direito fundamental à saúde.

Partindo da hipótese de que a utilização de diversos mecanismos existentes na AED, de acordo com a nova sistemática da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), serve para provocar uma melhora significativa nas decisões judiciais sobre o tema, adequando as mesmas para que os juízes possam efetivamente encontrar qual a melhor resposta a ser usada para as demandas que surgem, de maneira a se evitar decisões meramente discricionárias.

As sentenças serão mais realistas, preocupadas com os aspectos econômicos previstos em seus comandos decisórios, em especial em relação a algumas situações recorrentes envolvendo os beneficiários/beneficiário/usuários e as operadoras de saúde, tais como os pedidos de aumento da cobertura de

procedimentos inicialmente previstos quando da contratação e o fornecimento de novos medicamentos – experimentais ou não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Este viés pragmático e consequencialista irá evitar que o julgador permita que prevaleçam novos direitos dos beneficiários/beneficiário/usuários em detrimento do que já havia sido pactuado entre os mesmos e as operadoras de planos de saúde.

A utilização da AED, de acordo com as novas diretrizes previstas na LINDB, passa a ser imprescindível, pois o direito fundamental social à saúde, quando se materializa por intermédio dos questionamentos propostos em cada uma das centenas de milhares de ações judiciais propostas a cada ano, sempre trará consigo a ideia indissociável de que, para cada direito resguardado pelas decisões judiciais e, portanto, passível de ser exigido das operadoras, haverá um custo econômico e também social ligado ao mesmo.

O tema escolhido amolda-se perfeitamente na área de concentração Constitucionalização do Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (UFS). O objetivo da dissertação a ser desenvolvida, após adequada delimitação do problema, é justamente a compreensão e identificação do problema do impacto que as decisões judiciais causam tanto em relação as operadoras dos planos de saúde, quanto em relação aos demais beneficiários/beneficiário/usuários, e da busca e identificação de quais os mecanismos jurídico-econômicos disponíveis para que seja possível diminuir esta crise que já se instalou no setor da saúde suplementar.

Assim, com base na utilização dos instrumentais fornecidos pela análise econômica do direito (AED), quando da tomada de decisão por parte dos juízes, tornar-se-á possível a diminuição dos impactos promovidos em tal setor, coadunando-se inclusive, com as novas disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A fonte de pesquisa com maior utilização será a doutrinária, através de obras publicadas sobre base física – livros e artigos publicados em revistas. Arquivos localizados na internet servirão como fonte subsidiária, especialmente para pesquisas jurisprudenciais, legislativas, e de textos estrangeiros.

O principal óbice à elaboração da dissertação que se propõe apresentar é justamente a complexidade teórica do tema, abarcando duas grandes áreas do saber, o Direito e a Economia e, ainda, tendo de superar diversas raízes por demais

arraigadas no atuar jurisdicional, o que certamente nos forçou o aprofundamento de diversas questões envolvendo a utilização destes mecanismos inicialmente oriundos da ciência econômica.

A ideia central é propor a implementação e utilização efetiva da AED, utilizando como base ainda as recentes alterações ocorridas na LINDB, de forma a demonstrar sua viabilidade técnica como modelo a ser adotado pelo Poder Judiciário quando da prolação de suas decisões.

A exposição do tema será pautada pelo raciocínio dedutivo, partindo de aspectos mais gerais para os mais específicos, trazendo, no decorrer do estudo, as posições concordes ou discordes da doutrina acerca das posturas adotadas.

O capítulo I servirá para delinear os contornos e institutos relativos ao direito fundamental à saúde, bem como as políticas aplicadas ao sistema de saúde suplementar. Serão abordados aspectos ligados aos diversos tipos de proteção que devem ser aplicados aos beneficiários/beneficiário/usuários dos planos de saúde privados (tendo em vista seu caráter de direito fundamental e, ainda, consumerista). Também serão esclarecidas as disposições constitucionais acerca do funcionamento da prestação de serviços de saúde (sistema único de saúde, saúde complementar e saúde suplementar), com o estabelecimento posterior das chamadas políticas regulatórias aplicáveis ao setor de saúde suplementar. Por derradeiro, será analisada a questão acerca da possibilidade de controle das questões de saúde suplementar pelo Poder Judiciário.

O capítulo II irá tratar, de forma mais detalhada, sobre as questões envolvendo o sistema privado de saúde suplementar no Brasil e sua judicialização. Para tanto, será abordada a temática do poder normativo das agências reguladoras, atuação que envolve o estudo acerca do exercício de competência normativa pelo Poder Executivo, tendo como principal foco demonstrar que esta prática de regulação de determinado mercado, *a priori*, não significa afirmar que estará havendo invasão, pelo Poder Executivo, de competências inicialmente previstas para o Poder Legislativo, desde que a Administração Pública, ao normatizar tais assuntos, o faça dentro de seu âmbito de poder discricionário, tornando mais claros os limites do poder normativo das Agências Reguladoras, no caso a ANS. Também será analisado o marco regulatório da saúde suplementar no Brasil e a ADIN 1931, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Serão estudados, de forma detalhada, as principais características inerentes aos contratos de plano privado de assistência

à saúde e como eles podem ser impactados pelas decisões judiciais. Por fim, será abordada a questão da judicialização da saúde suplementar no Brasil.

O capítulo III apresentará a análise do impacto das decisões judiciais sobre os planos de saúde suplementar: a nova sistemática da LINDB, com base na teoria da análise econômica do direito (AED) de Richard Posner, em que defende a utilização pelo Direito de instrumentos específicos utilizados inicialmente no âmbito do estudo da Economia, como forma de embasar melhor as decisões judiciais a serem proferidas, minimizando, sempre que possível, seus impactos diante das partes envolvidas na questão. Assim o Judiciário irá conseguir promover decisões de cunho mais conciliador, buscando a pacificação dos direitos envolvidos de ambos os lados, buscando uma utilização de maneira mais eficiente dos recursos destinados inicialmente pelas operadoras dos planos e, ainda, sempre que possível, procurando maximizar a negociação de forma espontânea pelos agentes envolvidos, de modo a fornecer regras supletivas, calcadas em parâmetros técnicos, que sirvam para contribuir com a redução dos custos existentes, estimulando o mercado e funcionar de maneira mais eficiente e evitando entraves ao crescimento econômico do setor de saúde suplementar. Para tanto, serão realizados estudos de *hard cases* envolvendo a saúde suplementar e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais a respeito do assunto, culminando com a extensão das decisões judiciais de acordo com o Novo Código de Processo Civil.

As conclusões buscam sintetizar as percepções sobre a utilização da AED como instrumento de análise do impacto econômico das decisões judiciais em matéria de saúde suplementar, de forma a deixar clara a sua importância para a manutenção da segurança jurídica nas relações envolvendo os beneficiários/beneficiário/usuários e as operadoras de planos de saúde. Por fim, apresenta as conclusões sobre as possibilidades e limites da aplicação da AED em nosso ordenamento jurídico, já de acordo com as alterações promovidas na LINDB.

## **1- O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS POLÍTICAS APLICADAS AO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

O presente Capítulo tem por objetivo fundamental promover uma abordagem genérica acerca do direito à saúde suplementar, destacando seu viés de direito fundamental, bem como a necessidade de proteção dos beneficiários/usuários dos planos de saúde enquanto consumidores. Também será tratada a questão do sistema de saúde previsto na Carta Magna, em especial em relação a localização da saúde suplementar no texto constitucional. Por fim, serão analisadas as políticas regulatórias aplicáveis ao setor de saúde suplementar, bem como a possibilidade de controle dos aspectos normativos ligados à saúde suplementar pelo Poder Judiciário.

### **1.1- A dupla proteção ao consumidor do serviço de saúde como direito fundamental**

A proteção e plena realização do direito à saúde atualmente é vista como necessária para que se propicie o mínimo de dignidade às pessoas, o que leva, indubitavelmente, a questão da saúde ser tratada como um direito humano, previsto e protegido por diversas normas e tratados internacionais que versam sobre o tema.

Os beneficiários/usuários gozam de uma dupla proteção, tanto considerando os mesmos como consumidores de tais serviços, quanto buscando a proteção da tutela jurídica de direito fundamental. Assim, de um lado, o mesmo é considerado como consumidor frente às operadoras de planos de saúde e, de outro, ainda que este serviço seja prestado por empresas particulares, também incide a proteção ao direito do mesmo sob o ponto de vista de se considerar o direito à saúde como verdadeiro direito fundamental social.

Do ponto de vista da proteção aos direitos fundamentais insculpida na Carta Maior, remontando de maneira breve o seu evoluir histórico, tal constatação nasceu a partir da construção e presença de simultânea de três elementos, a saber: Estado, indivíduo e texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos.

Cabe assim, ao Estado, garantir e cumprir os direitos fundamentais, tendo em vista que se o mesmo não existisse ou deixasse de existir, tais direitos perderiam sua importância e sua função prática, qual seja, limitar o poder do Estado em face ao indivíduo.

Já no que se refere ao indivíduo, o entendimento é o de que nas sociedades mais antigas, as pessoas eram integrantes de pequenas coletividades, sendo a elas subordinadas e por elas privadas de direitos próprios, o que mudou radicalmente nas sociedades modernas, onde o indivíduo passa a ser sujeito de direito e, com isso, lhe são garantidos diversos direitos individuais.

Por derradeiro, existe a necessidade do texto normativo, a chamada constituição em sentido formal, que se encontra em posição superior às demais normas existentes e que serve, de maneira breve, para, reger a relação entre Estado e indivíduos, promovendo uma maior segurança jurídica aos cidadãos no que se refere a possíveis intervenções estatais<sup>1</sup>.

Com base nestas ideias iniciais é que foi possível a consolidação das bases para a construção de uma teoria acerca dos direitos fundamentais.

Avançando mais no tempo, torna-se possível afirmar que, mais recentemente, surgiram novos direitos humanos econômicos e sociais, já no século XX, com a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919.

A primeira foi muito importante pois definiu pela primeira vez, em seu texto, que os direitos trabalhistas teriam *status* de direitos fundamentais, antes mesmo de tal ideal se firmar em continente europeu. A segunda se preocupou em detalhar de maneira mais completa os direitos sociais, dentro de um Estado da democracia social, pois traz a concepção de que tais direitos exigem uma atuação positiva do Estado, uma vez que a plena realização dos direitos sociais vincula-se a determinadas políticas públicas<sup>2</sup>.

Ainda em relação aos direitos humanos, foram elaborados, no cenário internacional, diversas normas colocando o direito à saúde como um direito fundamental social. Dentre tais documentos, pode ser citada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que serviu, dentre outras coisas, para promover a elevação dos direitos sociais ao patamar de verdadeiros direitos humanos, dando aos mesmos caráter de vigência universal, sem a necessidade obrigatória de seu reconhecimento expresso pelas constituições dos Estados, eis que se encontram ligados diretamente a ideia da proteção da dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 3. ed. rev., atual. e ampl. p. 22-24.

<sup>2</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001. 2. ed. rev. e ampl. p. 51.

<sup>3</sup> Ibid., p.76.

Já antecipando um pouco assunto que será visto mais adiante, de se ressaltar que, para se garantir a dignidade citada anteriormente, devem ser criadas condições mínimas para uma existência com a presença diária da dignidade, o que deve ser feito através da chamada prestação assistencial<sup>4</sup> o que, na área da saúde, não incumbe somente ao Estado, mas também às empresas que atuam na saúde suplementar.

O Brasil é um dos países signatários de tal Declaração, o que atrai para si a responsabilidade atribuída ao Estado de ter o dever promover e garantir a saúde, tendo em vista que a referida norma internacional entende que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis<sup>5</sup>.

A Constituição Federal de 1988 trata de forma expressa e clara quais são os objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro. Dentre eles, define a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, valorizando o direito à vida como direito fundamental do cidadão. Resta clara, portanto, a constatação de que a saúde é uma condição essencial à dignidade da pessoa humana, o que torna necessária a atuação do Estado, por meio da criação e implementação de políticas públicas, buscar efetivar e assegurar a mesma como direito de todos os cidadãos, possibilitando que o direito a saúde seja tratado como direito público subjetivo<sup>6</sup>.

A consolidação da dignidade da pessoa humana e, especificamente, do elo de ligação entre a mesma e o direito a saúde se deu com base em um dos elementos constitutivos dos direitos desta espécie, qual seja, a historicidade. Assim, os direitos fundamentais não nasceram de uma única vez, sendo fruto de uma evolução e desenvolvimento histórico e cultural, concretizados por meio dos diversos

---

<sup>4</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. In: Revista de Direito Administrativo nº 177. Rio de Janeiro. jul./set. (1989), p. 29-49. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em 13 mar. 2018.

<sup>5</sup> **Declaração Universal dos Direitos do Homem** (versão traduzida). Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2018, p. 6.

<sup>6</sup> MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito Constitucional**. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 56.



embates e lutas travados pela garantia dos direitos em diversas sociedades, de acordo com o momento histórico na qual se situavam<sup>7</sup>.

Justamente por terem surgido a partir de determinadas circunstâncias históricas, surgem e se consolidam gradualmente, deixando bem claro que um determinado direito que, há décadas atrás, poderia não ser considerado como fundamental, passados vários anos pode passar a ser considerado relevante para determinado povo e, portanto, tornar-se fundamental<sup>8</sup>. E é exatamente isso que acontece com o direito à saúde.

Deve ser evitada uma confusão que ocorre muitas vezes, quando se entende que direitos fundamentais e direitos humanos são a mesma coisa, o que não ocorre pois ambos possuem traços distintivos. É a localização dos direitos na ordem interna ou internacional que servirá para que seja feita a classificação dos direitos em humanos ou fundamentais.

São fundamentais os direitos associados diretamente à proteção da dignidade da pessoa humana e, ainda, devidamente positivados na ordem jurídica interna. Por sua vez, os direitos humanos possuem a mesma índole de proteção de tal dignidade, mas se encontram previstos em diversos instrumentos utilizados pelo direito internacional, podendo ou não coincidir com os direitos já positivados no ordenamento jurídico interno.

É possível, atualmente, utilizar a expressão direitos humanos fundamentais, tendo em vista que ambos, fundamentais e humanos, possuem em seu âmago a busca pela proteção de valores determinados, considerados como vitais aos seres humanos, independentemente de estarem os seus destinatários circunscritos aos mesmo espaço geográfico de um Estado<sup>9</sup>.

Os direitos fundamentais são, em sua essência, direitos humanos ou, ainda, chamados de direitos do homem, que são devidamente positivados no direito interno

---

<sup>7</sup> HUMENHUK, Howerstton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 5-19.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. In: Revista Diálogo Jurídico, nº 01, vol. 01. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001, pp. 10-11. Disponível em: <[http://files.camolinaro.net/200000611-9669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST\\_1988.pdf](http://files.camolinaro.net/200000611-9669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf)>. Acesso em: 06 mai. 2018.

de cada país<sup>10</sup> ou, como preferem alguns autores, os direitos fundamentais devem ser considerados como aqueles que o direito vigente qualifica como tais<sup>11</sup>.

Tal categoria de direitos acaba sendo representada como um conjunto de prerrogativas e instituições devidamente positivadas, que permite a concretização de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Abrange situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Também existem diferenças existentes entre os institutos da vigência e da eficácia, também aplicável ao caso dos direitos fundamentais, entendendo que os mesmos encontram-se em planos distintos.

Vigência pode ser considerada como a característica da norma que faz com que a mesma exista do ponto de vista jurídico, com o respeito de todo o seu trâmite legislativo, culminando sempre com a sua promulgação e publicação<sup>12</sup>, ou seja, a partir deste momento torna-se obrigatória a observância dos preceitos contidos na norma, quer seja pelos particulares, quer pelo Estado. Assim, a norma que se tornou vigente abre espaço para que também se torne eficaz, capaz de produzir seus efeitos no ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

Especificamente em relação à eficácia das normas, dentre elas as de índole constitucional, de se destacar que existem dois tipos diferentes referentes à mesma, quais sejam: a eficácia jurídica e social, identificando-se esta última com o conceito de efetividade<sup>14</sup>.

Esta efetividade deve ser considerada como a própria realização do direito que estiver em análise, concretizando a sua função social no mundo dos fatos, aproximando o dever ser da norma com o ser da realidade social<sup>15</sup>.

A eficácia jurídica é a qualidade de se produzir os efeitos jurídicos desejados, em maior ou menor grau, a depender do caso concreto, quando a mesma incide sobre determinada relação ou comportamento social<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista de direito administrativo n. 217, jul.-set.1999. ed. Renovar e Fundação Getúlio Vargas. p. 55.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 560.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 42.

<sup>13</sup> Ibid., p. 42-43.

<sup>14</sup> Ibid., p. 43.

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 83.

Já a eficácia social é a capacidade que determinada norma possui de promover uma obediência real por parte de seus destinatários e, com isso, tornar-se efetivamente aplicável no plano fático<sup>17</sup>.

Fechando tal raciocínio, entende Ingo Wolfgang Sarlet que:

“(...) podemos definir a eficácia podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”<sup>18</sup>.

Assim, torna-se perceptível que tanto os entes estatais, quanto as empresas privadas, sem dúvida se encontram vinculados ao direito fundamental social da saúde, no sentido de que seja possível que o mesmo seja eficaz do ponto de vista jurídica e também em seu aspecto social.

Necessário, entretanto, que se faça sempre uma análise a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais versando sobre direito a saúde às relações celebradas entre beneficiários/beneficiário/usuários e operadoras de saúde, tendo em vista que já resta consolidado o entendimento de que há uma ligação clara entre a ideia de densidade normativa de determinado comando constitucional, com a sua eficácia em relação aos casos concretos.

É possível afirmar que a partir da análise do conteúdo do dispositivo depreende-se a sua normatividade, surgindo a classificação corrente de normas de alta densidade normativa e de baixa densidade normativa<sup>19</sup>.

As primeiras possuem em si mesmas a normatividade necessária e suficiente para produzir os seus efeitos essenciais, sem a precisar, para tanto, de nova atuação do legislados ordinário. Já as segundas carecem de tal normatividade, precisando, por conseguinte, desta intervenção em nível infraconstitucional para que se torna possível a produção de seus efeitos. Todavia, há que se reforçar que,

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 55-56.

<sup>17</sup> Ibid., 56.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 10. ed. rev., atual. e ampl.; 2. tir., 2010, p. 240.

<sup>19</sup> Ibid., p. 252.

independentemente de tal carga normativa, não existe nenhuma norma constitucional totalmente despida de eficácia.

E justamente tomando por base este viés social fundamental, que se depreende da leitura do artigo 6º da Constituição, além do já citado anteriormente, que o direito à saúde passa a ser uma espécie de direito que permite que se exija, do Estado, que realize as chamadas prestações positivas, para que somente assim seja possível promover a efetivação de tal direito. E tal raciocínio não se aplica tão somente a questão da saúde pública, mas também em relação aos serviços de saúde prestados por particulares. Assim, o direito fundamental à saúde pode se apresentar ora como direito de defesa, ora como direito a prestações.

Tal raciocínio é possível quando se leva em conta o fato de que os direitos fundamentais são multifuncionais, podendo ser classificados em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Os primeiros usualmente abarcam os direitos de liberdade e igualdade, além de alguns direitos sociais, como as liberdades sociais. Já os segundos englobam normalmente os direitos sociais de natureza prestacional, como a saúde.

O direito à saúde analisado sob o viés de direito de defesa, tem por escopo principal buscar a proteção da saúde, tanto individual e coletiva, pública e privada, contra ingerências indevidas do Estado, impondo ao mesmo o dever de se abster, de não interferir na esfera privada de autodeterminação da pessoa. Alguns autores entendem se tratar de normas de competência negativa destinadas ao poder público. E, ainda assim, caso o Estado ultrapasse tais limites, diversos instrumentos existentes na ordem jurídica servem de base para que a administração venha a responder civilmente pelos seus atos violatórios, configurando verdadeiros direitos subjetivos, com aplicabilidade imediata e grande grau de justiciabilidade<sup>20</sup>, ou seja, todo e qualquer direito que possa ser exigido e garantido através de uma ação judicial.

Para se chegar a tal ponto de proteção e possibilidade de exigência, tudo se inicia com a positivação de determinado direito em nosso ordenamento jurídico, que posteriormente ganha força com o aumento de sua normatividade até, finalmente, se

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 10. ed. rev., atual. e ampl.; 2. tir., 2010, p. 260.

tornar possível a exigência, via judicial, de que sejam tais direitos devidamente satisfeitos via tutela jurisdicional<sup>21</sup>.

Se analisado como direito a prestações em sentido amplo, tal direito impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, bem como a necessidade de criação e gestão de um sistema de saúde pública e, posteriormente, de um sistema de saúde suplementar. Mas, se considerado em seu viés estrito, o direito à saúde serve de amparo para justificar diversas pretensões ligadas à prestação dos serviços médicos, quer sejam eles de natureza pública ou privada, tais como: realização de tratamentos, fornecimento de medicamentos, dentre outros<sup>22</sup>.

Portanto, resta patente que, apesar de ainda existirem alguns posicionamentos no sentido de que em seu viés prestacional tais direitos não possuem aplicabilidade imediata, se for realizada uma necessária interpretação sistemática e teleológica, torna-se possível depreender do texto constitucional que o legislador constituinte não pretendeu excluir dos ditames previstos no artigo 5º, § 1º da Constituição a aplicabilidade imediata dos direitos políticos, de nacionalidade e dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde<sup>23</sup>.

Com isso, em hipótese alguma há que se restringir o previsto em tal dispositivo, sob pena de que se passe a considerar e equiparar, erroneamente, os direitos considerados fundamentais com as demais normas contidas no texto constitucional<sup>24</sup>. Na realidade, é justamente o contrário, ou seja, o direito à saúde, neste viés específico, acaba por impor aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais<sup>25</sup>.

Este aspecto, inclusive, vem sendo objeto de várias decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo destas últimas décadas, em especial quando o assunto versa sobre direitos fundamentais, valorizando cada vez mais tanto a ideia

---

<sup>21</sup> SILVA, Adriano Luís de Almeida. **Direito fundamental social subjetivo**: conceito, características e eficácia da norma constitucional. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4632, 7 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46981>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. pp. 8-9. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PE\\_TROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf)> Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 10. ed. rev., atual. e ampl.; 2. tir., 2010, p. 262.

<sup>24</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. "A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias", in: Documentação e Direito Comparado nº 33-34 (1988), p. 480.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. **Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais**, in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº 37 (1992), p. 63 e ss.

da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, quanto a ideia de que os mesmos implicam sempre direitos subjetivos<sup>26</sup>.

Por derradeiro, no que se refere ao direito à saúde, mas especificamente em relação à saúde pública, já existem diversos entendimentos de que é possível que tal direito seja reconhecido como direito subjetivo e, portanto, passível de ser cobrado diretamente do Estado. Todavia, também existe um consenso de que este exercício de tais direitos assume, muitas vezes, uma proporção de verdadeira tragédia, tendo em vista o inevitável conflito existente entre a escassez de recursos e o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais<sup>27</sup>.

Resta assim devidamente delimitada a proteção constitucional dada aos beneficiários/beneficiário/usuários dos planos de saúde, sob seu viés de direito fundamental.

Complementando o raciocínio anterior, levando em consideração esta característica de fundamentalidade de tal direito e, ainda, procedendo a uma interpretação sistemática do texto constitucional, percebe-se a preocupação do legislador constituinte, ciente de que seria impossível sob diversos pontos de vista a prestação integral dos serviços de saúde inteiramente pelo Estado, em fazer constar no texto constitucional, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXXII, que caberia ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Tal previsão culminou, menos de 2 anos após a promulgação da CF/88, com a elaboração e entrada em vigor da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que trouxe disposições acerca da proteção do consumidor, dentre outras providências, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Eis a segunda forma de proteção dos beneficiários/beneficiário/usuários de tais serviços suplementares de saúde.

Passou a considerar que os beneficiários/usuários dos planos de saúde suplementares, frente às operadoras dos planos, na verdade deveriam ser considerados como consumidores dos mesmos, tendo em vista o claro e inequívoco desequilíbrio existente entre tais partes, no sentido de se tentar coibir ações prejudiciais por parte daquele que possui maior poderio econômico, em detrimento dos direitos do hipossuficiente.

---

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 10. ed. rev., atual. e ampl.; 2. tir., 2010, p. 279.

<sup>27</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133 e ss.

Justamente por causa deste abismo econômico existente entre as partes contratantes é que se fez necessária uma tomada de posição por parte do legislador infraconstitucional, com a produção de um diploma legal específico, baseado na ideia geral de se promover a máxima restrição possível no sentido de que uma das partes, no caso as operadoras dos planos de saúde, estabelecesse de forma unilateral e abusiva qual seria o conteúdo do contrato, o que limita e, por vezes, até mesmo anula um dos pilares do direito civil, qual seja, a autonomia da vontade das partes contratantes<sup>28</sup>.

Esta preocupação com a existência de práticas abusivas pelos prestadores de serviços, após a entrada em vigor do Código Consumerista, resultou em alterações legislativas na seara penal, com o intuito de tentar controlar uma nova prática ilegal que se consolidava no mercado e, ainda, para complementar a proteção já existente no CDC, com a entrada em vigor da Lei Federal nº 12.653/12, alterando o Código Penal, com o acréscimo do artigo 135-A, onde passou a constar tipificado como crime a conduta de se exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial<sup>29</sup>, o que surtiu efeitos razoáveis na prática.

Tal alteração legislativa foi promovida, dentre outros motivos, por se considerar tal prática como abusiva, de acordo com previsão expressa no artigo 39, inciso V do CDC e, ainda, passível de ser considerada nula de pleno direito, pelo disposto no artigo 51, incisos I, IV, XV, §1º, III, todos da mesma lei, por frontal desrespeito ao consumidor.

Também foi levada em consideração, à época, que tais beneficiários/beneficiário/usuários, quando se veem diante da necessidade de atendimento emergencial, em grande parte das vezes se encontram correndo risco de vida, fazendo com que esta atitude por parte dos prestadores de serviços de saúde privados seja considerada como violadora dos direitos humanos e, portanto, não condizente com o atual estado Democrático protetivo do direito à dignidade humana<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**, 3 ed. – São Paulo: RT, 2010, p.58.

<sup>29</sup> FERREIRA, Jussara Borges. MORAES, Kelly Cardoso Mendes de. **Contratos bancários e de planos de saúde: a aplicabilidade do incidente de demandas repetitivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 121.

<sup>30</sup> Ibid., p. 121.

Ainda em relação ao CDC, utilizando o critério de classificação das normas baseado na ideia da força de incidência das mesmas, elas podem ser classificadas como imperativas ou cogentes (também chamadas de normas de ordem pública), sempre que trouxerem em seus dispositivos a descrição de comportamentos obrigatórios ou proibidos, que não podem ser afastados pela vontade das partes. Também podem ser consideradas dispositivas, quando estabelecem comportamentos permitidos e, aí sim, sua aplicação pode ser afastada pelo exercício da livre vontade das partes.

Nesta linha de raciocínio o Código Consumerista deve ser considerado como norma cogente, ou seja, incide sobre as relações privadas, prevalecendo sempre sobre eventuais tentativas de disposições contrárias das partes. É uma norma de ordem pública, que produz efeitos de ordem pública, mas sua natureza é de norma privada ou, como preferem alguns doutrinadores, norma privada supletiva.

Tal espécie de norma serve para regular não somente as relações jurídicas relacionadas às atividades do Estado, mas também as relações jurídicas entabuladas entre particulares e entre particulares e organizações políticas, pois, nestes casos, resta presente, de forma direta ou indireta, a depender do caso, determinado interesse público<sup>31</sup>, dentre os quais pode ser destacado o direito à saúde suplementar.

Esta classificação é importante, tendo em vista que este viés protetivo dado aos beneficiários/beneficiário/usuários dos planos de saúde permite que o julgador faça uma interpretação restritiva das disposições contidas em tais contratos, de acordo com os limites traçados pelo próprio CDC, impossibilitando que as partes alterem o sentido da lei.

Para tornar mais claras tais afirmações, pode ser utilizado como exemplo a disposição contida no artigo 10 da Lei Federal nº 9.656/98, que dispõe acerca do chamado plano referência de assistência à saúde. Pela leitura de tal dispositivo, é possível perceber a preocupação em que sejam estabelecidos padrões mínimos a serem respeitados nestes contratos pelas operadoras de planos de saúde.

Como exemplo desta padronização, pode ser citada a questão da cobertura assistencial, médico-ambulatorial e hospitalar, realizadas exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando

---

<sup>31</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB, volume 1. 13. Ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Atlas, 2015, p 12.



necessária a internação hospitalar, desde que o evento se enquadre dentre as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), documento elaborado pela Organização Mundial de Saúde.

Realizado este enquadramento das normas consumeristas como normas cogentes, não cabe aqui acatar o contraponto feito por alguns autores, no sentido de que ainda deve ser mantida, hoje em dia, a antiga dicotomia entre direito público e privado, tendo em vista que estes campos jurídicos possuem cada vez mais pontos de contato. Tal colocação é importante, pois permite uma melhor compreensão do que são as normas privadas supletivas, faladas anteriormente.

Assim, as normas de ordem pública continuam sendo cogentes e, portanto, de aplicação obrigatória, tendo em vista que impõe de modo absoluto determinados comportamentos para as partes, não sendo possível para as mesmas, por sua livre manifestação de vontade, afastar a sua incidência<sup>32</sup>.

Já as normas de caráter privado, são consideradas como válidas até o momento no qual a vontade manifestada pelas partes resolver dispor de forma contrária, denotando, portanto, natureza supletiva<sup>33</sup>. Podem ser subdivididas em dispositivas quando permitem que as partes negociem da forma que lhes for conveniente, ou, ainda, supletivas, aplicáveis justamente quando inexistir a regulamentação privada, de forma a promover a integração de uma lacuna deixada pelas próprias partes<sup>34</sup>.

O princípio da força normativa da Constituição torna viável a aplicação direta de determinados princípios constitucionais, sem a necessidade obrigatória de intermediação legislativa, prezando sempre pela manutenção da segurança jurídica, deslocando a análise axiológica para o centro do sistema jurídico, a própria Constituição, fazendo com que as questões não sejam mas analisadas somente sob o ponto de vista do Código Civil, mas sim de forma integrada, tendo por referência central a Carta Maior.

Esta dupla proteção dos beneficiários/usuários dos planos de saúde suplementar serve como ponto de partida tanto para que se entenda a influência da mesma na tomada de inúmeras decisões judiciais a favor dos consumidores,

---

<sup>32</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 1: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p.11.

<sup>33</sup> Ibid., p.11-12.

<sup>34</sup> Ibid., p.12.

provocando inúmeros impactos econômico sobre as operadoras atuantes na saúde suplementar, tomadas de forma individual, quanto sobre as previsões constitucionais existentes sobre o formato da prestação dos serviços de saúde, o que será visto no próximo tópico.

## **1.2- O sistema de saúde previsto na Carta Magna: a questão da saúde privada**

O sistema de saúde suplementar passou por diversos momentos históricos diferenciados, até que fosse possível a construção do modelo hoje vigente, de acordo com as previsões contidas na CF/88.

Esta conscientização acerca da importância de tais direito começou, de forma incipiente, quando o Brasil ainda era uma colônia de Portugal, mais precisamente com a chegada da família real ao país, oportunidade na qual surgiu a ideia de que fosse devidamente instituído o chamado mínimo sanitário.

Mas, ainda assim, até meados de 1850, o sistema ainda era por demais precário e muito voltado para atender apenas a alguns interesses específicos de Portugal, o que significava, na época, ficar este controle restrito quase que exclusivamente ao controle sanitário de navios que chegavam aos portos brasileiros. Este modelo era conhecido como “sanitarismo campanhista” e se preocupava basicamente em atender as demandas do modelo econômico agro-exportador, estabelecendo uma política de saneamento aplicável somente nos espaços de circulação das mercadorias exportáveis, justamente para evitar que as exportações fossem prejudicadas<sup>35</sup>. Ainda nesta época o setor era caracterizado pela total ausência de participação do Estado, agravada por outros fatores como a falta de médicos em número suficiente, bem como a total falta de estrutura e tecnologia à época.

Esta primeira fase da saúde privada no Brasil continuou com o advento de nossa primeira Constituição, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, perdurando até meados de 1920, já com algumas pequenas amostras de preocupação e intervenção estatal nesta área, como por exemplo a

---

<sup>35</sup> SANTOS. Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. p. 43. Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

entrada em vigor da Lei nº 1.261/1904, que teve como seu principal articulista Oswaldo Cruz, e que previa, dentre outras coisas, a vacinação de forma obrigatória.

Posteriormente, em 1923, o Estado percebeu a necessidade de participar de maneira um pouco mais ampla neste cenário, buscando ampliar o acesso dos beneficiários/beneficiário/usuários dos serviços de saúde, bem como a própria questão da cobertura dos eventos a serem oferecidos a tais beneficiários/beneficiário/usuários, o que culminou com a promulgação da Lei Eloy Chaves, mais corretamente falando o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido hoje em dia como o marco inicial da previdência social. Tal modelo ficou conhecido como “assistência médica previdenciária”, instituído sob a influência da Medicina Liberal, ligando-se à necessidade de assistência aos trabalhadores rurais, urbanos e industriais<sup>36</sup>.

Esta norma criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), destinadas aos trabalhadores das ferrovias federais, representando a primeira participação mais concreta do Estado na saúde privada. Até este momento não havia participação financeira do Estado neste tipo de gestão, ou seja, somente os beneficiários/beneficiário/usuários arcavam com o pagamento de tais custos. Posteriormente tal ideia foi estendida para outras diversas categorias de trabalhadores.

Já na década de 30 ocorre novo alargamento desta presença estatal, com a criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), destinados aos bancários, comerciários, dentre outros. Talvez o principal ponto a se destacar neste momento seja a implantação do financiamento tripartite (empregado, empresa e a União), já sob a fiscalização estatal, de acordo com a previsão insculpida no artigo 10 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, o que trouxe com consequência o surgimento da possibilidade de que o beneficiário/usuário de tais serviços passasse a possuir direito subjetivo de acionar o Estado. Este modelo, conhecido como sistema de proteção social, foi criado com base em um conjunto de políticas sociais protetivas, tais como aposentadoria, pensão, assistência médica<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> SANTOS. Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. p. 43. Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>37</sup> SANTOS. Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas,

Avançando um pouco mais no tempo, após o advento do Golpe Militar de 1964, foram criadas inúmeras políticas de estímulo ao setor, em sua grande maioria promovendo o reconhecimento automático dos trabalhadores como beneficiários da seguridade e, ainda, conferindo aos mesmos direito ao atendimento à saúde. Tais políticas foram alavancadas pelo aumento da chamada base de custeio, aliada ao fato de ocorrerem na época poucas aposentadorias, o que levou alguns historiadores, ainda que de forma questionável, de denominar esta época com o nome de milagre econômico.

Todavia, este crescimento exacerbado do número de pessoas beneficiadas pelo acesso à seguridade acabou provocando um efeito colateral indesejável, qual seja, o aumento do número de demandas relativas à atendimento ligados à saúde, tornando inviável a oferta de assistência médica para todos eles.

Logo após tais medidas, ainda durante o regime militar, foram criados, respectivamente, em 1974, o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), fomentando a reestruturação dos hospitais privados, com a criação de linhas de crédito facilitado, tendo em vista os juros subsidiados e, em 1978, o Sistema Nacional de Saúde (SNS), por meio da Lei nº 6.229, que já previa a execução de tais serviços com a participação dos setores público e privado.

Ainda em 1978 foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), na forma de autarquia, tendo como principal destinação o acesso a prestação de serviço médico privado através de convênios e credenciamentos, abrangendo uma gama ainda maior de beneficiários/beneficiário/usuários (trabalhadores urbanos e rurais, seus dependentes, pessoas invalidas, dentre outros).

Neste cenário, já próximo a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreram diversas crises que acabaram por influir diretamente no desequilíbrio financeiro e atuarial do referido Instituto, situação ainda mais agravada pelo fato de que, neste modelo, restavam integralmente cobertos tão somente os trabalhadores que possuíam vínculos formais, ficando excluídas as demais pessoas.

Com o fim do regime militar e a promulgação da CF/88, foram criados diversos dispositivos constitucionais com a clara intenção de se melhorar as políticas

públicas de saúde já existentes. Justamente com base nestas novas disposições, tornou-se possível a promulgação, em nível infraconstitucional, da Lei Federal nº 8.080/90, que estabeleceu as diretrizes gerais para a promoção, proteção e recuperação da saúde, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), e da Lei Federal nº 8.142/90, que dispôs sobre a possibilidade de que a comunidade pudesse passar a participar da gestão do referido sistema. À época, existia um certo consenso de que o SUS era um sistema que infelizmente não havia dado certo, ideia reforçada pela mídia, mostrando as dificuldades de acesso aos serviços de saúde e a decadência das instalações físicas<sup>38</sup>.

Atualmente, coexistem pelo menos três sistemas diferentes de gestão da saúde. O primeiro é o sistema público, no qual o Estado detém o monopólio de toda e qualquer atividade relacionada a prestação de serviços de saúde, sendo dever do mesmo garantir o acesso a tais serviços. O segundo é o oposto do previsto anteriormente, onde fica sob responsabilidade exclusiva da iniciativa privada garantir a prestação bem como a gestão de tais serviços sendo, obviamente, remunerada para tanto e, ainda, atuando sob a fiscalização e intervenção estatal. E o terceiro é o que ficou conhecido como sistema misto, onde tanto o Estado continua sendo o titular do dever de prestar a assistência a saúde da população, mas onde também existe a possibilidade de que tais serviços sejam oferecidos pela iniciativa privada, coexistindo e funcionando concomitantemente com o público, o que no caso Brasil é consubstanciado na prática pela prestação de tais serviços pela saúde complementar e pela saúde suplementar.

Dentro deste raciocínio foi delineado pelo texto constitucional qual deles seria o nosso sistema, claramente o sistema misto, no qual o Estado ainda figura e atribui para si o dever de prestar saúde a todos como garantia. Mas, de outra parte, faculta à iniciativa privada a possibilidade de instituir modalidade suplementar de prestação de serviços de saúde, que serão realizadas sempre de acordo com as normas expedidas pela agência reguladora da atividade de saúde, qual seja, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

---

<sup>38</sup> SANTOS. Fausto Pereira dos. A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. p. 46. Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan.2019.

Assim, fica claro que o Constituinte, ao legislar sobre a saúde, optou por lhe dar claros contornos de direito social, pertencente à categoria dos direitos fundamentais, devidamente inserido no caput do artigo 6º da Carta Maior. Corroborando tal raciocínio, insta transcrever as disposições contidas no artigo 196 do texto constitucional, onde se encontra previsto que o Estado tem o dever de promover a saúde como direito de todos, através de políticas sociais e econômicas, garantindo acesso universal e igualitário a todos os cidadãos.

Com isso, o constituinte não se limitou a editar normas meramente programáticas mas, muito pelo contrário, também se preocupou em criar normas dotadas de eficácia plena e imediata, como no caso da criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Isso se concretiza com a previsão contida no artigo 198 da Constituição que, ao explanar sobre o SUS, dispõe que se trata de um serviço integrado, mediante rede regionalizada e hierarquizada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com preceitos de plena e total eficácia no âmbito da gestão da saúde e de seu financiamento.

No entanto, a afirmação de que o Brasil adota o sistema misto é confirmada pela leitura do artigo 199, que dispõe que a assistência a saúde é livre à iniciativa privada, possibilitando a participação do setor privado no sistema de saúde de forma suplementar, que tem sido efetivado através de planos de saúde e seguro-saúde.

Assim, existem basicamente duas maneiras de se prestar de forma privada os serviços relacionados à saúde. A primeira é a chamada saúde complementar, a qual se materializa pelo estabelecimento de convênios ou contratos de direito público, firmados com o SUS, e tendo como principais destinatárias as entidades filantrópicas e aquelas sem fins lucrativos. E a segunda a chamada saúde suplementar, na qual a execução de tais serviços de saúde é feita diretamente pelas operadoras de planos e seguros de saúde, a partir da contratação pelo interessado na obtenção dos serviços, regulada pela Lei nº 9.656/98 e em conformidade às diretrizes (e fiscalização) da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A execução dos serviços através da saúde complementar, na realidade, é a chamada delegação estatal de determinado serviço para a iniciativa privada, excluída a possibilidade de participação de empresas ou capitais estrangeiros, conforme preceitua o texto constitucional. Assim, o particular atua em lugar da Administração Pública, mas sempre sujeito aos limites e diretrizes estabelecidos no convênio ou contrato administrativo e, ainda, se sujeitando aos princípios inerentes

ao direito administrativo, inclusive no que se refere à eventual responsabilização objetiva na forma do artigo 37, § 6º, da CF.

De forma contrária, quando tais serviços são realizados por meio da saúde suplementar, estabelecida em decorrência de contrato privado, firmado entre a pessoa e a operadora de plano ou seguro de saúde, estes particulares não se submetem da mesma forma ao regramento anterior, tendo em vista o caráter predominantemente privatista de tal atuação, sendo tal liberdade, no entanto, limitada pelas normas consumeristas. Neste caso o termo suplementar indica que os serviços de saúde deverão ser prestados única e exclusivamente por particulares, em consonância com o disposto no caput do artigo 199 da Carta Maior, não sendo cabível nenhum tipo de confusão com a questão dos serviços prestados também por particulares, só que na posição de contratados pela Administração Pública<sup>39</sup>.

Assim, a atividade estatal se revela como essencial mas, ao mesmo tempo, permite uma convivência pacífica com a prestação de tais serviços por meio da iniciativa privada, ainda com base no dispositivo constitucional mencionado acima, por estarem os mesmos inseridos em um capítulo específico do ordenamento constitucional, que trata da ordem social<sup>40</sup>.

Corroborando tal afirmação, consolida-se o entendimento acerca da importância da existência e funcionamento da assistência à saúde prestada de forma privada, como atividade típica de mercado, mas devendo ser considerada como setor de relevante interesse para a coletividade, não podendo ser exercida a mesma sem a devida fiscalização estatal, consoante a disposição constitucional inserta no artigo 197 da CF, levando em consideração ainda a criação do marco regulatório do setor, com a entrada em vigor da Lei Federal nº 9.656, vulgarmente conhecida como a Lei de Planos de Saúde<sup>41</sup>.

Para prestar tais serviços foram criadas as operadoras de planos de saúde, pessoas jurídicas que atuam vendendo e administrando planos privados de assistência à saúde. Assim, o setor de saúde suplementar conta com diversos tipos de operadoras: empresas de medicina de grupo, seguradoras especializadas em saúde, cooperativas médicas, filantropias, autogestões, cooperativas odontológicas,

---

<sup>39</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 203.

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 05.

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP, 2006, p. 29.

odontologias de grupo e administradoras de benefícios. Em questão de números e beneficiários/beneficiário/usuários, os tipos que mais se destacam são as cooperativas médicas, seguro-saúde, medicina de grupo planos próprios das empresas.

As cooperativas médicas são criadas de acordo com as disposições previstas na Lei nº 5.764/71, tendo como principal característica serem formadas por “sociedades de pessoas”, sem fins lucrativos. Nestes casos os médicos são considerados ao mesmo tempo sócios e prestadores de serviços, recebendo seu pagamento de forma proporcional ao número de atendimentos realizados. Também participam do rateio do lucro final obtido pela unidade da qual faz parte<sup>42</sup>. Regra geral todos os atendimentos devem ser realizados em instalações de cooperados ou credenciados, sendo que a maioria de seus beneficiários, atualmente, é proveniente e convênios-empresa<sup>43</sup>.

As operadoras de seguro-saúde atuam por meio de uma intermediação financeira de uma entidade seguradora que, de acordo com as condições estabelecidas no contrato, irá cobrir ou reembolsar os valores pagos ao prestador ou segurado, a título de assistência médica. Tais seguradoras na realidade não podem ser consideradas exatamente como prestadoras de serviços, mas sim as responsáveis por cobrir os custos previstos nas apólices de seus segurados. Com isso os produtos ofertados por estas empresas não são propriamente os planos de saúde privados, mas sim apólices, transformadas em prêmios que devem ser pagos aos respectivos beneficiários, sendo facultado às seguradoras o credenciamento de prestadores e os convênios com empresas, associações profissionais e/ou grupos específicos<sup>44</sup>.

As empresas de medicina de grupo são constituídas na forma de pessoas jurídicas de direito privado, podendo ou não ter fins lucrativos, com o intuito de

---

<sup>42</sup> CAMPOS, Carla da Costa. **Um estudo das relações entre operadoras de plano de assistência à saúde e prestadores de serviço**. 2004, p. 38. 187 f. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Engenharia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/10168/000499590.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>43</sup> ALMEIDA, Celia. **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar**. Texto produzido por solicitação do IPEA/PNUD, como parte dos estudos que subsidiaram a elaboração do relatório IDH Brasil 1997. Brasília, novembro de 1998, p.9. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0599.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0599.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>44</sup> Ibid., p. 11.



administrar planos de saúde para empresas, de forma individual ou familiar. Normalmente atendem de através de serviços próprios e credenciados<sup>45</sup>.

Por último, as operadoras que se organizam para oferecer planos próprios dentro de suas empresa, em geral em dois formatos: a) autogestão, quando optam por administrar programas de assistência médica para seus funcionários; e, b) cogestão, quando decidem contratar terceiros para administrá-los. Por isso são consideradas pela ANS como “entidades fechadas”, tendo em vista que não são acessíveis para todas as pessoas.

O importante é saber que todas estas modalidades explicadas acabam prestando assistência através de uma rede de serviços por vezes própria, por vezes credenciada, possuindo como traços diferenciadores a questão da possibilidade de restrição aos serviços próprios ou contratados, bem como as diferentes variações de escolha de reembolso, que podem ser feitas pelos beneficiários/beneficiário/usuários.

Para delimitar ao máximo o objeto do presente estudo, serão analisadas somente as operadoras que se enquadram na modalidade de cooperativas médicas.

Relembrando que estas breves considerações acerca do regramento da saúde privada na Constituição, mais especificamente a saúde suplementar, irão servir de base justamente para o que será desenvolvido no capítulo 2 da presente dissertação, quando forem abordados diversos aspectos da judicialização que vem ocorrendo e aumentando de forma exponencial nas últimas décadas.

Para que se torna possível realizar esta análise, serão abordadas diversas questões, tais como o poder normativo das agências reguladoras, a atuação da ANS, incluindo a criação do marco regulatório da saúde suplementar no Brasil, características especiais dos contratos de planos de saúde e, por fim, a própria judicialização existente no setor.

Feitas tais considerações sobre a previsão constitucional sobre as diversas modalidades de prestação de serviços de saúde, torna-se possível passar a análise de quais os princípios aplicáveis à questão da saúde suplementar.

---

<sup>45</sup> ALMEIDA, Celia. **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil**: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Texto produzido por solicitação do IPEA/PNUD, como parte dos estudos que subsidiaram a elaboração do relatório IDH Brasil 1997. Brasília, novembro de 1998, p. 8. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0599.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0599.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018.

### 1.3- Políticas regulatórias aplicáveis ao setor de saúde suplementar

Ainda que não seja o objetivo central da presente dissertação a discussão aprofundada do que são políticas públicas, é de suma importância que sejam feitas algumas considerações a respeito, eis que, com isso, será possível analisar a possibilidade de controle das mesmas por parte do Judiciário.

Nesta linha de raciocínio, com o advento da Carta de 1988, resta cristalino que o Estado brasileiro optou por permitir que os serviços de saúde fossem prestados tanto de forma pública, quanto privada.

Assim, todas as empresas que atuam neste mercado necessariamente tem de se submeter ao cumprimento de determinadas normas, que representam o chamado marco regulatório do setor, emanadas da ANS, agência responsável pela elaboração das normas que definem as políticas públicas regulatórias que devem ser cumpridas pelos particulares interessados em prestar tais serviços.

Todavia, para que seja mais clara a compreensão sobre o tema, faz-se mister trabalhar alguns pontos inerentes ao tema como, por exemplo, o conceito de política pública em suas várias acepções: geral, regulatória, setorial e intersetorial.

Políticas públicas podem ser definidas, de maneira leiga e em seu aspecto macro, como um complexo de ações elaboradas e implementadas por determinado governo, com o intuito de que sejam produzidos determinados efeitos, ainda que não seja possível o controle absoluto sobre a produção dos mesmos. Como consequência, estas ações irão gerar impactos na vida cotidiana de todos os cidadãos atingidos por determinado pacote de medidas.

Assim, é possível compreender que o desenvolvimento social ocorre, muitas vezes, como consequência de determinados conjuntos de decisões tomadas pelas diferentes esferas de governo (federal, estadual e municipal), desde que alinhadas aos demais atores sociais, de forma a representar o mais fidedignamente quais os interesses predominantes daquela comunidade, incluindo, neste âmbito, é claro, também as forças de mercado presentes naquele momento<sup>46</sup>, o que nos remete ao conceito inicial e genérico de política pública.

---

<sup>46</sup> HEIDEMANN, Francisco G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José F. (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: EdUnB, 2009, p. 28.

As políticas públicas *lato senso* devem ser compreendidas como projetos que, pelo menos em tese, devem sempre ser pautados pela busca da máxima racionalidade, com a permanente fiscalização por parte dos órgãos governamentais investidos desta função, dirigidas para concretização de determinadas metas, com base na utilização de instrumentos específicos que permitem alcançar tais fins da maneira mais eficiente possível, culminando com a concretização de inúmeros direitos sociais que, regra geral, já se encontram delineados no campo abstrato em nossa Constituição, mas que dependem de legislação específica para que sejam devidamente efetivados<sup>47</sup>, consagrando a força normativa da Constituição.

A complexidade e fluidez deste conceito não permite que seja elaborada uma definição estanque, considerando, por exemplo, que entre o que foi planejado pelo governo e o que ocorre na realidade podem ocorrer discrepâncias, a pluralidade de atores envolvidos neste processo de construção, diversos níveis governamentais diferentes tendo que tomar decisões referentes ao assunto, dentre outros fatores.

Apenas para ilustrar a complexidade de tal conceito, existem diversos estudos que se preocupam em identificar, organizar e aprofundar o estudo de cada uma das fases necessárias para a criação e implementação de uma determinada política pública, tais como a de identificação do problema; de formação de agenda; de formulação de alternativas; de tomada de decisão; de implementação; de avaliação e de extinção<sup>48</sup>.

Por derradeiro, ainda no que tange às políticas públicas *lato sensu*, especificamente no campo da saúde, independentemente do serviço ser prestado via SUS ou pelas operadoras de planos de saúde, tendo em vista se tratar de um direito extremamente delicado e basilar para que qualquer pessoa consiga levar uma vida digna, o estabelecimento de quais serão os conjuntos de medidas a serem implementados pelos entes governamentais deve ser feito de forma continuada.

Isso porque, se determinado conjunto de políticas públicas é criado tão somente para representar o conjunto de ideias da maioria política que está governando naquele momento, sendo monitoradas, fiscalizadas e melhoradas

---

<sup>47</sup> LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Dimensões da constitucionalização das políticas públicas.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66662>>. Acesso em: 13 mai. 2018, p. 5.

<sup>48</sup> SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 67.

somente enquanto este grupo permanece no poder, pois isso na realidade são as chamadas políticas de governo<sup>49</sup>.

Já quando se identifica que aquele assunto aborda diversas necessidades ou deficiências de caráter indiscutível e reconhecido, sendo a sua implementação independente de qual grupo está governando, ou, ainda, de eventuais mudanças ocorridas na conjuntura política de determinada época, sendo o monitoramento de tais políticas realizado de forma contínua pelos três poderes institucionalmente constituídos, utilizando ainda como base modelos estudados e retirados de diversas áreas das ciências sociais, permitindo, inclusive, um controle judicial do conteúdo de todas as normas regulatórias ligadas ao tema, bem como os resultados obtidos pelas mesmas, na realidade estar-se-á diante de políticas de Estado<sup>50</sup>.

No caso brasileiro houve uma clara migração, ainda que não de maneira integral, de um modelo inicial com características de políticas de governo, quando tais serviços eram prestados pela iniciativa privada, com o mínimo de interferência estatal, o que prejudicava e fragilizava por demais os beneficiários/beneficiário/usuários de tais serviços, para um modelo atual com características mais acentuadas para o viés de políticas de Estado.

Tal afirmação é possível levando em consideração a existência de um capítulo inteiro destinado à saúde na Constituição, onde consta, dentre outras coisas, o delineamento geral do sistema público de saúde, que permitiu posteriormente a criação do SUS. Além disso, conforme visto anteriormente, também foi instituída a possibilidade de prestação de tais serviços pela iniciativa privada, dentro dos limites impostos pelas normas da ANS, passando a dar muito mais ênfase em relação ao beneficiário/usuário, compreendendo a relevância do assunto em seus mais variados aspectos (sociais, econômicos, etc.) e possibilitando a integração de tais políticas nas principais agendas governamentais ligadas ao tema.

---

<sup>49</sup> LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Dimensões da constitucionalização das políticas públicas.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66662>>. Acesso em: 13 mai. 2018, p. 6.

<sup>50</sup> SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos.** In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogeiro Gesta (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2307-2333. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/para\\_entender\\_as\\_politicas\\_publicas\\_-\\_aspectos\\_conceituais\\_e\\_metodologicos.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/para_entender_as_politicas_publicas_-_aspectos_conceituais_e_metodologicos.pdf)>. Acesso em: 07 mai. 2018, p. 2313-2314.

Assim, de forma genérica, tais pacotes de medidas governamentais servem para tornar mais eficientes os serviços que envolvem direitos fundamentais e sociais, no caso a saúde suplementar.

Já no que se refere ao conceito de políticas públicas em sua acepção regulatória, as mesmas podem ser entendidas como aquelas que tem por escopo regular, mediante comandos ordinatórios contidos em diversos diplomas legais (decretos, portarias, resoluções, etc.), o funcionamento de determinados serviços essenciais, que podem ser prestados diretamente pelo Estado ou de forma indireta pela iniciativa privada, procurando distribuir os custos e benefícios advindos da mesma da forma mais equilibrada possível, atendendo aos diversos interesses particulares envolvidos naquele mercado regulado<sup>51</sup>.

Justamente neste ponto se encaixam as políticas públicas regulatórias de caráter Estatal elaboradas e implementadas pela ANS, eis que se preocupam com a regulação de apenas um setor especificamente, o da saúde suplementar. Todavia, de se destacar que tais normas têm de contemplar uma gama variada de interesses, tanto das operadoras, quanto dos beneficiários/beneficiário/usuários, possuindo caráter nitidamente fragmentado. Assim, quando a ANS edita determinado normativo, muitas vezes precisará “dialogar” com outros setores envolvidos ainda que indiretamente na questão da saúde, se quiser otimizar ao máximo os conteúdos previstos nas normas de regulação.

No caso específico da ANS, de forma genérica, a mesma estabelece as suas políticas regulatórias por meio de diversos instrumentos, tais como as normas contratuais, as consultas públicas (que tem sido muito mais utilizadas atualmente), o monitoramento dos indicadores de qualidade dos serviços prestados pelas operadoras, dentre outros.

No que se refere ao ponto de vista setorial das políticas públicas voltadas para a saúde suplementar, é fundamental compreender que determinada política setorial só funcionará de maneira satisfatória, se na criação da mesma se procure dialogar com os demais setores envolvidos no tema, tendo em vista que existe uma grande fragmentação dos interesses envolvidos nas questões reguladas.

---

<sup>51</sup> LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Dimensões da constitucionalização das políticas públicas.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66662>>. Acesso em: 13 mai. 2018, p. 6.

Assim, a maioria das normas é elaborada somente com base nesta característica de setorialidade, permitindo que os agentes estatais reguladores do processo tenham acesso mais direto aos problemas sociais envolvidos em determinada área, como a saúde suplementar, tendo em vista o caráter de tecnicismo empregado por tais órgãos. Assim, os serviços são devidamente prestados, mas de maneira solitária, isolada, o que por muitas vezes acaba gerando uma sobreposição de diversos serviços prestados pelo Estado ou pelo particular, envolvendo a mesma pessoa ou grupo de pessoas, dentro de uma mesma localização geográfica<sup>52</sup>.

Todavia, caso a ANS opte por criar suas normas de regulação de forma isolada, existirá uma grande possibilidade de que as consequências sejam o aumento exacerbado dos custos envolvidos em relação às operadoras privadas de saúde, culminando com normas ineficientes em relação aos casos concretos apresentados.

Neste ponto entra justamente a ideia de intersetorialidade, podendo ser compreendida como a conexão de conhecimentos e experiências práticas já vivenciadas na elaboração, implementação e controle de determinada política pública, tendo por escopo atingir determinados objetivos inicialmente previstos e que promovam resultados integrados em situações consideradas complexas, melhorando o nível de vida d determinada sociedade e evitando a chamada exclusão social<sup>53</sup>.

Também neste sentido a ideia de que, além de ser uma prática esperada por parte dos agentes estatais, deve ser considerada como uma prática social, construída principalmente por causa das grandes insatisfações existentes no seio da sociedade, diante da constatação da falta de capacidade das organizações incumbidas de planejar tais políticas em promover uma resposta às demandas sociais existentes e cada vez mais complexas pelas quais passam os cidadãos

---

<sup>52</sup> JUNQUEIRA, Luciano Antônio Prates; INOJOSA, Rosa Marie; KOMATSU, Suely. **Descentralização e intersetorialidade na gestão pública municipal no Brasil**: a experiência de Fortaleza. XI Concurso de ensayos del clad “el tránsito de la cultura burocrática al modelo de la gerencia pública: perspectivas, posibilidades y limitaciones”. Caracas, 1997. Disponível em: <[http://nute.ufsc.br/bibliotecas/upload/junqueira\\_inojosa\\_komatsu\\_1997.pdf](http://nute.ufsc.br/bibliotecas/upload/junqueira_inojosa_komatsu_1997.pdf)>. Acesso em: 18 mai. 2018, p.21.

<sup>53</sup> Ibid., p.21.

atualmente<sup>54</sup> e, em especial, os beneficiários/beneficiário/usuários do sistema suplementar de saúde.

Importante salientar que qualquer norma possui determinado conteúdo econômico, ou seja, qualquer espécie de direito, seja ele fundamental ou não, possui determinado custo e, regra geral, por isso mesmo pode ser transacionado. Este é justamente um dos ensinamentos apregoados pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito que, já na década de 60, quando de uma publicação de autoria de Ronald Coase, deixou bem claro que no exercício de qualquer direito sempre existirá um custo ligado diretamente ao mesmo, representado pela perda econômica sofrida em outro lugar, ou pela outra parte, em consequência do exercício desse direito<sup>55</sup>.

Este entendimento já se encontra consolidado, em grande parte, na seara doutrinária, apesar de ainda não muito aplicado na prática pelos juízes, vez que muitos ainda possuem certa resistência em aceitar que a aplicação de técnicas de mensuração quantitativa da realidade social, utilizadas cotidianamente pela ciência da Economia, não se confundem com os conteúdos materiais desta realidade (direitos positivados), ou seja, pode perfeitamente ocorrer esta regulação normativa de comportamentos e condutas sociais, pautadas não somente pelas já conhecidas premissas deontológicas e axiológicas, mas também pelos diálogos interdisciplinares entre Direito e Economia, de forma a harmonizar e concatenar o dito pensamento econômico como pensamento jurídico.

Cabe aos juízes atentar para as questões que envolvem a interpretação regular das relações materiais que envolvem os sujeitos de mercado, no caso as operadoras dos planos de saúde suplementar, de forma a dar-lhes o mínimo de segurança jurídica no tocante a dois aspectos principais de sua atividade: a previsibilidade e o cumprimento de suas expectativas.

Justamente este aspecto econômico das normas aplicáveis às relações estabelecidas entre as operadoras e os beneficiários/usuários de seus planos é que são abordados pelos instrumentos existente na análise econômica do direito que,

---

<sup>54</sup> CKAGNAZAROFF, Ivan Beck; MOTA, Normaston Rodrigues. **Considerações sobre a relação entre descentralização e intersectorialidade como estratégias de modernização de prefeituras municipais.** Revista E & G Economia e Gestão, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 31, dez. 2003. Disponível em: [www.spell.org.br/documentos/download/36443](http://www.spell.org.br/documentos/download/36443). Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>55</sup> COASE, Ronald Henry. **The Problem of Social Cost.** Journal of Law and Economics. October, 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2018.

aliada às novas diretrizes fornecidas pela LINDB, passa a ser a solução mais adequada para resolver a questão das decisões judiciais proferidas sem a devida preocupação com os custos econômicos que irão impactar as partes envolvidas direta e indiretamente na questão.

Portanto, este instrumento intersetorial deve ser utilizado para que sejam devidamente priorizadas a eficiência, a efetividade e a eficácia das políticas públicas, de maneira a tornar possível a construção de políticas de saúde suplementar que estejam devidamente integradas aos demais setores e órgãos envolvidos, de forma a efetivar o direito fundamental social à saúde, o que nos leva ao próximo ponto: cabe controle por parte do Poder Judiciário acerca de tais questões?

#### **1.4- Possibilidade de controle das questões de saúde suplementar pelo Poder Judiciário**

Atualmente é incontroverso o fato da existência do fenômeno da judicialização das políticas públicas e regulatórias envolvendo o direito à saúde, tanto na esfera pública, quando na esfera privada.

Funcionando como elemento protetivo contra eventuais abusos praticados pelas empresas privadas encontra-se, como já explanado anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido como um dos pilares da República federativa Brasileira, conforme se depreende da dicção do artigo 1º da Carta Maior e que serve como fundamento inicial para a atuação do Poder Judiciário. Justamente esta qualidade, aplicável a qualquer pessoa, eis que decorre da própria condição de ser humano, é que permite a cada um de nós torna-se detentor do direito de ser tratado de forma igualitária e isonômica pelas demais pessoas.

Portanto, é algo que faz parte da essência de qualquer pessoa, fazendo com que tanto o Estado, quanto os demais integrantes da comunidade onde se vive sejam compelidos a tratar cada pessoa de forma igual e respeitosa o que, como consequência, acaba por criar um verdadeiro conjunto de direitos e deveres fundamentais que servem justamente para garantir a proteção da pessoa contra qualquer ato praticado que tenha em seu bojo conteúdo degradante e desumano, além de se preocupar em identificar e garantir quais são as mínimas condições existenciais para que seja possível se viver de forma digna e saudável, conseguindo,



inclusive, participar de forma ativa na discussão e determinação de quais serão os caminhos eleitos pela comunidade onde se encontra inserido para que se torne possível essa comunhão de interesses<sup>56</sup>.

Perceptível, portanto, a ideia de que a dignidade há que ser considerada como um valor universal, independentemente da análise de eventuais diversidades culturais existentes entre vários povos, tendo em vista que mesmo cada ser humano sendo diferente em seu âmbito individual, acaba por apresentar necessidades vitais comuns a todos os demais. Assim, torna-se plenamente possível afirmar que o direito à saúde faz parte, para não dizer que é essencial, para que seja possível a construção de uma existência digna.

Assim, deve ser verificada a legalidade da atuação da Administração Pública, tanto quando se encontra na função de prestadora de serviços, quanto na função de reguladora dos mercados e, mais especificamente, no que se refere a possibilidade de controle judicial das questões envolvendo a saúde suplementar.

Para que seja possível a análise final desta possibilidade de controle judicial, devem ser superadas algumas questões inerentes ao Direito Administrativo, em especial a que se refere a ideia de que este ramo do Direito já nasce umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade administrativa, o que traz a reboque a noção de insindicabilidade do mérito dos atos administrativos, dentre eles as políticas regulatórias, tomando como base a ideia de que o Judiciário não poderia julgar os atos praticados pelo Executivo, leia-se Administração, pois estaria supostamente exercendo uma função atípica, qual seja, a de administrar.

O cenário jurídico brasileiro ainda está passando pelo chamado processo de constitucionalização do Direito, ou como preferem alguns, sob a égide do neoconstitucionalismo, expressão que possui diversas possibilidades de interpretação. No presente caso, a interpretação que possui mais importância para o tema é a de que deve se buscar mais Constituição do que leis; mais juízes do que legisladores; mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; mais concretização do que interpretação<sup>57</sup>.

Este movimento permite afirmar que serve como base para a construção de um Estado de Direito cercado de novos instrumentos de índole jurídica ou jurídica-

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001, p. 60.

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

processual, que tem por escopo possibilitar a implementação de novos meios para se garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Na sequência, constata-se a necessidade de implementação do chamado Estado Social, com tendências clara no sentido de não somente de garantir, mas também de satisfazer as necessidades da população, através de políticas públicas que permitam a efetivação de direitos e garantias individuais. Com isso é possível dizer que o Estado continua agindo, por óbvio, através da lei, mas muda o seu ponto de vista em relação a mesma, passando a compreendê-la como mais um meio para que seja possível atingir determinado fim, de acordo com os mandamentos constitucionais.

É necessária uma releitura do entendimento clássico que temos do princípio da legalidade, no sentido de passar a considerar o mesmo como algo muito mais amplo e abrangente, significando algo mais amplo, a juridicidade.

Neste sentido, muitos entendem que, na realidade, o direito administrativo nasceu junto com o movimento do constitucionalismo. Assim, a título exemplificativo, o princípio da legalidade surgiu concomitantemente com o princípio da separação de poderes e com o princípio da justicialidade, que serve hoje em dia como base para que se possa controlar judicialmente os atos estatais<sup>58</sup>.

Este novo instituto se consolida justamente com o surgimento de novas demandas, muito mais complexas do que antigamente, e que devem igualmente ser apreciadas pela Administração com a maior celeridade possível, promovendo assim a superação clássica da vinculação exclusiva e positiva à lei.

Com isso o gestor público passa a poder utilizar o próprio ordenamento jurídico pátrio e, por óbvio, a própria Carta Magna e os princípios nela previstos para que se torne possível o preenchimento de eventuais lacunas que venham a surgir no atuar da Administração Pública.

Assim, justamente com base nesta nova ideia, o atuar da Administração continua a ser realizado inicialmente conforme o princípio da legalidade, mas não mais de maneira exclusiva, podendo usar como fundamento diretamente a Constituição, permitindo que o mesmo possa atuar até mesmo para além do previsto em determinada lei ou, ainda, contra a lei, desde que, obrigatoriamente o gestor

---

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Constitucionalização do Direito Administrativo**: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010, p. 169.

fundamente a sua decisão na ponderação da legalidade com otimizada aplicação dos princípios constitucionais<sup>59</sup>.

Com isso, passa a ser possível identificar dois novos sentidos para o velho princípio da legalidade, quais sejam, a legalidade em sentido estrito, que continua servindo para definir um rol de matérias que só podem tratadas seguindo o procedimento legislativo previsto no artigo 59 da Constituição federal, e a legalidade em sentido amplo, que abrange não mais somente a lei em sentido formal, mas também os atos normativos do Poder Executivo, órgãos e demais entidades que compõe a Administração direta e indireta, além de todos os princípios jurídicos norteadores do ordenamento, consagrados de forma expressa ou implícita pela Carta Magna<sup>60</sup>.

E, por óbvio, tal raciocínio é perfeitamente aplicável no que concerne a análise do mérito administrativo de tais atos, tendo em vista que o mesmo representa justamente o campo de liberdade, suposto na lei e que efetivamente venha a existir no caso concreto, que torna possível ao administrador, pautado nos critérios de conveniência e oportunidade, optar dentre as diversas escolhas possíveis que podem ser aplicadas para resolver determinado caso concreto<sup>61</sup>. Ou ainda, como preferem alguns, a expressão do juízo de conveniência e oportunidade efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário da escolha<sup>62</sup>.

Neste mesmo sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao proferir decisão relativa ao julgamento do Recurso Especial nº 647417/DF, ainda no ano de 2004, oportunidade na qual deixou bem clara a necessidade, em relação ao mérito administrativo, de que seja obrigatoriamente observada pelos gestores públicos as questões envolvendo a legalidade e a legitimidade, pois, caso não procedam de tal forma, estarão praticando atos arbitrários. Assim, caso o ato administrativo respeite tais limites, há que se considerar que o mesmo possui mérito. Todavia, caso o gestor extrapole ou ignore tais limites o ato deixa de possuir mérito

---

<sup>59</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p 59.

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Constitucionalização do Direito Administrativo**: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010, p. 184.

<sup>61</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 888-889.

<sup>62</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 111-114.

valido e passa a ser possível o seu controle judicial. Portanto, a afirmação de que o Judiciário não pode vir a apreciar e controlar o mérito dos atos administrativos deve ser revista, atualmente, com a devida cautela.

Também neste sentido entende-se que, por ser um dever do Estado garantir uma existência digna para seus cidadãos e, mais ainda, em se tratando de políticas públicas e regulatórias tendo índole constitucional e envolvendo as questões do direito à saúde, a busca por esta atuação dos gestores públicos pautada na juridicidade torna-se um verdadeiro objetivo a ser perseguido por todos os órgãos, políticos ou não, que integram o Estado, e não mais somente pela Administração propriamente dita<sup>63</sup>.

Justamente neste ponto se torna possível analisar a questão da sindicabilidade dos atos administrativos, bem como dos atos regulatórios expedidos pelo Governo, neste caso mais especificamente pela ANS.

Talvez o principal problema resida no fato de que o administrador, em diversos casos, opta por agir de forma discreta, mas sem deixar de violar vários princípios envolvidos na resolução de questões concretas, não respeitando, desta forma, a harmonia necessária ao funcionamento do sistema em sua totalidade. Este modo de agir, inclusive, é justificado pela Administração Pública quando a mesma se vê envolvida como parte em uma demanda judicial, sempre se utilizando do manto protetivo da insindicabilidade do mérito administrativo, de forma a tentar afastar qualquer controle por parte do Judiciário contra a sua má gestão<sup>64</sup>.

Tais afirmações se tornam mais claras quando se constata que a Administração, ao praticar determinado ato administrativo, utiliza como fundamento para o mesmo critérios técnico-científicos desarrazoados e desnecessários para que o mesmo produza seus efeitos, desviando-se do previsto na lei e nos princípios que regem o direito administrativo, provocando, desta forma, um verdadeiro desvio de finalidade o que, na maioria absoluta das vezes significa dizer que o ato não é capaz de atender ao interesse público presente em determinada questão.

Normalmente isto ocorre nos atos discricionários, aqueles nos quais o gestor possui uma margem de liberdade em seu atuar, ainda que reduzida. Nesta hipóteses normalmente tal gestor se depara com a possibilidade de eleger uma dentre

---

<sup>63</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil**: Um ponto cego do direito? 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, p. 18.

<sup>64</sup> Ibid., p. 19.

diversas outras opções possíveis, o que deve ser feito sempre pautado no conhecido binômio conveniência e oportunidade. Assim, normalmente, resta devidamente aberta a possibilidade de atuação do Judiciário, no sentido de tentar minimizar os possíveis impactos negativos provocados pelo ato ou, como preferem alguns, controlar a própria atuação da Administração.

Neste sentido a antiga teoria de que os atos administrativos discricionários, antes não passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário, foi sendo gradualmente substituída pela adoção dos chamados critérios de ponderação e de controle, reduzindo sensivelmente a liberdade total que antes se afigurava em tais atos, exigindo que além da fundamentação legal para a prática de tais atos, também passe a ser exigido o respeito a uma série de princípios que buscam evitar a prática de atos abusivos<sup>65</sup>.

Desta forma a discricionariedade passa a se submeter não somente ao texto constitucional, mas também aos chamados princípios gerais do direito, permitindo uma restrição ainda maior nesta margem de atuação do administrador público, culminando com a adoção, no Brasil, de uma teoria que entende que mesmo em se tratando de atos desta natureza, ainda assim é possível identificar nos mesmos alguns elementos chamados de vinculados, tais como a análise da competência do agente para praticar o ato, a presença de eventuais vícios de forma e, ainda, a ocorrência de possíveis desvios de finalidade<sup>66</sup>, em que pese a existência de alguns posicionamentos em sentido oposto, conhecidos como teoria positivista e legalista, que entende que o controle do mérito administrativo ainda se encontra fora da margem de atuação dos juízes.

Outro ponto sustentado normalmente pela Administração em defesa da insindicabilidade de seus atos é justamente alegando não possuir o Judiciário os instrumentos técnicos específicos necessários para tal controle, o que ocorre no caso do controle dos atos regulatórios, ao defender a ideia de que os integrantes de tal poder, mais especificamente os juízes, não se encontram qualificados tecnicamente para analisar e proferir uma decisão sobre tais questões e, ainda, que este poder não possui em sua estrutura nenhum tipo de órgão que lhes forneça este

---

<sup>65</sup> FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010, p. 271.

<sup>66</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil**: Um ponto cego do direito? 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, p. 19.

necessário suporte técnico. Todavia esta afirmação não procede, conforme será visto mais adiante, em capítulo apropriado ao tema.

Por derradeiro, mas não menos importante, alegam que, caso se permita tal controle de mérito, na realidade estaria sendo violado o princípio constitucional do funcionamento e convivência harmônica dos três poderes constituídos. Todavia, não merece prosperar essa afirmação, tendo em vista que cada vez mais o Judiciário tem procurado se pautar por analisar este mérito com um cuidado maior, em especial eis que tem procurado se pautar em critérios de razoabilidade; proporcionalidade; moralidade; finalidade; motivação consistente.

No que se refere à suposta violação do princípio da independência dos três poderes, também resta claro que, atualmente, podem ser identificadas algumas premissas técnicas que surgiram nas últimas décadas e que servem de sustentação para a atuação dos magistrados nestes casos, ainda que não possuam a sua disposição todo o arcabouço técnico necessário para atuar, dentre os quais podem ser citados: uma releitura da ideia da inafastabilidade do controle judicial, já brevemente explicado anteriormente; a valorização e aplicação mais efetiva do princípio, ou melhor dizendo, de um dos fundamentos basilares previstos em nossa constituição, qual seja, a dignidade da pessoa humana; bem como a atribuição de força normativa à Constituição.

Neste ponto, importante frisar que já existem entendimentos no sentido de que essa ampliação de controle dos atos por parte do Judiciário pode ser feita, só que seguindo alguns parâmetros genéricos, normalmente ligados a densidade da norma legal que serve de fundamento para a prática de determinado ato administrativo.

Tem de ser levado em conta, ainda, o fato de que nenhum direito fundamental pode ser considerado como absoluto sendo, portanto, passível de eventuais restrições, podendo ser feitas pelo legislador, pela própria administração ou ainda, pelo poder judiciário.

Neste sentido, há que se limitar o sentido da palavra restrição, entendendo ser a mesma qualquer ação ou omissão dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) que termine afetando de maneira prejudicial o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando os instrumentos previstos para

se garantir a proteção do bem contido em tal direito, bem como a sua livre fruição por parte de seus titulares<sup>67</sup>.

Atualmente prevalece o entendimento de que todos os direitos classificados como fundamentais possuem determinado campo de proteção, sujeitando-se a eventuais intervenções neste campo de proteção<sup>68</sup>. Os estudos acerca das possibilidades destas limitações se resumem, basicamente, a duas teorias: a interna e a externa.

Segundo a teoria interna<sup>69</sup>, os direitos fundamentais existem desde o seu nascedouro com seu conteúdo determinado, ou seja, já nascem com seus limites definidos. Com isso não podem ser impostas restrições externas aos mesmos.

Já a teoria externa<sup>70</sup>, defende a existência de uma clara diferença entre estes direitos fundamentais e as restrições que podem eventualmente ser impostas aos mesmos, tornando necessário que se identifique, para cada direito, dentro de qual moldura se encontra cada direito. Assim, em sua origem, tais direitos são considerados ilimitados e, mediante a imposição de restrições por parte do legislador ou do julgador, se converte em um direito limitado<sup>71</sup>. E, caso sejam criadas tais restrições, estas não afetam o direito em si (seu conteúdo), mas tão somente o modo pelo qual o mesmo passa a ser exercido.

Desta forma, é possível que o Judiciário venha a restringir determinados direitos fundamentais, desde que proceda de maneira lógica e sequencial analisando, num primeiro momento, se deve ser mantido o âmbito protetivo de cada direito previsto na Constituição e, num segundo momento, utilizando-se da técnica da ponderação, se é viável optar por excluir determinados aspectos deste campo de proteção, em especial aqueles que obstem uma concordância prática entre os bens e valores constitucionais<sup>72</sup>. Noutros termos: primeiro se identifica e delimita o âmbito

---

<sup>67</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157.

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 10. ed. rev., atual. e ampl.; 2. tir., 2010, p. 386.

<sup>69</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 140 e ss.

<sup>70</sup> Ibid., pp. 146 e ss.

<sup>71</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado nº 4, out./dez. 2006, p. 23-51.

<sup>72</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282.

de proteção da norma em estudo, para depois se preocupar com a identificação de quais as restrições serão impostas.

Assim o julgador decide tais casos sob uma perspectiva mais restritiva, afastando da proteção constitucional os casos nos quais reste cristalina a possibilidade de que seja provocada uma lesão aos princípios básicos da ordem jurídica, em especial aos que possam produzir os chamados danos sociais intoleráveis<sup>73</sup>.

É justamente este raciocínio acerca de tais danos sociais que deve pautar as decisões envolvendo a saúde suplementar, desde que obrigatoriamente aliado à preocupação de se analisar quais os prováveis impactos econômicos causados por determinada decisão, tendo em vista que os recursos financeiros das operadoras dos planos de saúde não são inesgotáveis e, portanto, quando se profere uma decisão desprovida deste consequencialismo prático, concedendo, por exemplo, um determinado tratamento caro ainda sem as devidas constatações científicas acerca de sua eficácia, isso acaba por onerar demais tal sistema e, inevitavelmente, a operadora irá repassar os custos deste procedimentos para os demais beneficiários/beneficiário/usuários.

Assim, conforme será abordado de forma mais detalhada no capítulo 3, a AED inicialmente passa a entender que cabe ao Juiz, quando exerce sua atividade, sempre se pautar pela análise do custo-benefício envolvido no processo em julgamento. Para tanto, deverá utilizar os parâmetros da redução dos custos envolvidos no contrato analisado, bem como a valoração dos riscos e maximização da riqueza<sup>74</sup>. Com isso, o magistrado passa a ajustar o direito subjetivo presente na ação judicial que o mesmo está julgando, às responsabilidades decorrentes dele, sempre em nome da eficiência na alocação de recursos, quer sejam eles de natureza pública, que de natureza privada.

Esta é justamente a base para a ideia inicial de Posner, no sentido de que o direito pode ser compreendido como um sistema racional de comportamentos individuais baseados sobre o interesse econômico, denotando o caráter pragmático defendido pelo mesmo e promovendo a inevitável aproximação teórica e prática entre o Direito e a Economia, não necessariamente nesta ordem.

---

<sup>73</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 427.

<sup>74</sup> KORNHAUSER, Lewis. ***Sequential decisions by a single tortfeasor***. New York: Preuss, 2000, p. 61.



Agindo de tal forma não há que se falar em violação do princípio democrático, tendo em vista que o julgador estaria modificando uma decisão legislativa ou executiva prévia. Isso porque, numa releitura mais atualizada de tal princípio, fica claro que cabe ao Estado, neste caso por meio do Judiciário, buscar a afirmação e concretização do direito fundamental à saúde, tendo em vista que se encontra vinculando aos mesmos e obrigado a buscar a efetivação e concretização de tais direitos<sup>75</sup>.

Portanto, resta patente ser possível o controle do mérito dos atos administrativo, se pautados pelas observações feitas anteriormente e, ainda, sempre permeados pela ideia de que cabe ao Judiciário, tão somente, proferir suas decisões contendo ordens dirigidas ao gestor tão somente no sentido de determinar o que e quando deve ser feito pelo gestor, mas jamais como o gestor deverá fazer isso.

## **2- SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO**

O objetivo deste Capítulo é estudar qual o fundamento constitucional e legal de onde emana o poder normativo das agências reguladoras, passando para a análise de detalhes específicos acerca da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Também serão verificadas as principais características presentes nos contratos de planos privados de assistência à saúde, culminando com a constatação da existência de uma judicialização da saúde suplementar no Brasil.

### **2.1- O poder normativo das agências reguladoras**

Com base no Plano Nacional de Desestatização, posto em prática com a promulgação da Lei Federal nº 8031/90, tem-se o início de um célere processo de reforma administrativa, buscando afastar diversas previsões anteriores que, do ponto de vista dos idealizadores de tal reforma, serviam tão somente para atrapalhar a evolução econômica do país e o ingresso de capital estrangeiro<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 230.

<sup>76</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 116.

Posteriormente foi criado o Conselho Nacional de Desestatização, no nível federal, que se encontrava subordinado ao Presidente da República, e que tinha como principal função indicar quais empresas seriam privatizadas sugerindo, ainda, como deveria ser o processo de gestão dos recursos obtidos com tal privatização<sup>77</sup>.

Assim tais agências são criadas neste cenário de privatização de diversas empresas estatais, tendo como missão primordial promover a regulação do setor de prestação de serviços públicos por particulares, através da realização de concessões feita pelo Poder Público para os particulares<sup>78</sup>. Ou seja, em nada se pareciam com o seu desenho atual, eis que se preocupavam em tratar somente das referidas concessões e não propriamente da regulação dos respectivos mercados onde passaram a atuar tais empresas particulares.

O dispositivo constitucional mais aceito como marco inicial para a criação de tais agências é o artigo 174 da Carta Constitucional, que dispõe que o Estado, quando exerce a sua função de regulador da atividade econômica, deve atuar de acordo com a lei, não somente regulando, mas também exercendo funções diversas, como a fiscalização, o incentivo e o planejamento, destacando que tais atividades servem como determinações balizadoras obrigatórias a serem seguidas pelos particulares<sup>79</sup>.

Esta opção escolhida pelo legislador, pela utilização do modelo das agências para a regulação de determinados mercados, teve como pano de fundo colocar em primeiro lugar a questão da competência técnica dos agentes integrantes das mesmas, para que eles possam atuar com mais liberdade na elaboração de normas regulatórias e posterior fiscalização de seu cumprimento. Talvez o principal benefício colhido pela adoção deste modelo seja a clara tentativa de substituição do antigo controle político, para um novo e mais eficaz controle técnico.

Feitas estas considerações iniciais, a base para o estudo do referido poder é o princípio da legalidade, previsto expressamente na Constituição de 1988 em seu artigo 2º, inciso II que foi alçado a nível constitucional como uma consequência natural da adoção do Estado Democrático de Direito no Brasil, funcionando como uma espécie de garantia dada pela Carta Maior a todo e qualquer particular,

---

<sup>77</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 117.

<sup>78</sup> Ibid., p. 118.

<sup>79</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 27.

protegendo o mesmo de eventuais atos arbitrários praticados pela Administração Pública.

O princípio da legalidade ou da supremacia da lei, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>80</sup>, pode ser analisado sob três enfoques distintos:

“(1) a lei é o acto da vontade estadual juridicamente mais forte; (2) prevalece ou tem preferência sobre todos os outros actos do Estado, em especial sobre os actos do poder executivo (regulamentos, actos administrativos); (3) detém a posição de topo da tabela da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica, salvo, como é óbvio, as constitucionais”.

Para o referido doutrinador os chamados atos infralegais não podem ofender a primazia da lei, sob pena de serem os mesmos considerados inválidos, tendo em vista que a supremacia legal possui duas dimensões, uma positiva, que significa a exigência, por parte do gestor público, de que o mesmo observe as disposições previstas em lei, e a outro negativa, que se traduz pela proibição de que tais agentes violem a lei.

Para o estudo do poder normativo de tais agência, torna-se necessário um breve aprofundamento acerca de tal princípio, em especial no tocante a diferença existente entre o mesmo e o princípio da reserva legal.

Alguns autores entendem que a reserva legal nada mais é do que uma espécie do princípio da legalidade, funcionando como um tipo de controle a ser aplicado sobre o próprio Estado, fazendo com que o mesmo só possa regular determinadas matérias através de lei sem sentido formal, pois quando legisla, o Estado está criando obrigações com carácter geral e abstrato, há que se destacar que a definição de lei passa a ter dois sentidos: o formal e o amplo.

Em sentido formal, lei é todo e qualquer ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo. Já em sentido amplo, a lei é toda e qualquer manifestação escrita de atos normativos, ainda que os mesmos não tenham sido elaborados diretamente pelo Legislativo. Como exemplo de tais atos existem as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo Federal.

A reserva de lei ou reserva legal, o sentido que nos interessa é o de que a legislação parlamentar sobrepõe-se a qualquer outra, em vista da especial legitimidade de que o Parlamento é credor, o que a torna impossível de ser

---

<sup>80</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 721-723.

transportada para outros órgãos do poder estatal<sup>81</sup>. Esta reserva se divide em absoluta e relativa.

Na reserva absoluta a Constituição irá definir o tema e caberá a lei regulamentar o mesmo de forma integral, normalmente sendo consagrada no texto constitucional com pelas expressões "lei estabelecerá", "lei disporá", "lei regulará". Exemplo de tal afirmação é o disposto no artigo 37, inciso IX, ao prever que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Na reserva relativa, de forma diversa, o texto constitucional determina que caberá a lei a delimitação de determinadas situações. Com isso a lei não regulamenta o tema diretamente, mas deverá estabelecer quais os limites de atuação da lei frente ao tema, normalmente previstos no texto constitucional pelas expressões "na forma da lei", "nos limites estabelecidos por lei". Neste caso o exemplo é o artigo 5º, inciso VI, que dispõe sobre a liberdade de consciência e de crença prevendo que o seu livre exercício será garantido na forma da lei.

Assim, a reserva legal serve para determinar que algumas matérias, em virtude de seu conteúdo, obrigatoriamente só podem ser devidamente regulamentadas por leis em sentido formal. O Poder Legislativo por meio da elaboração de leis ordinárias e complementares (leis em sentido estrito) é quem irá regulamentar tais assuntos, de acordo com o previsto e diversos dispositivos constitucionais.

O princípio da legalidade, em relação à Administração Pública, serve para limitar a sua atuação, sujeitando a mesma aos ditames da lei e, por sua vez, o princípio da reserva legal serve como uma forma de controle da competência legislativa, reservando a regulamentação de determinados assuntos tão somente a lei em sentido formal evitando desta forma que os mesmos pudessem ser tratados por qualquer espécie normativa.

Estas colocações acerca da legalidade e da reserva legal são fundamentais para que se seja mais fácil a compreensão do que será trabalhado a seguir, o poder regulamentar.

Com o advento da Constituição de 1988, fica vedado ao Poder Executivo inovar sobre qualquer tema na ordem jurídica. Tornando mais clara a afirmação, isso

---

<sup>81</sup> MONCADA, Luís Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 10.

significa que o regulamento passa a ser subordinado, sendo um ato dependente de lei<sup>82</sup>. Com isso, regra geral, o regulamento não pode inovar o disposto no ordenamento jurídico, mas tão somente garantir o fiel cumprimento das leis, sob pena de ser sustado pelo Legislativo<sup>83</sup>.

Esta questão da regulamentação, do ponto de vista material, nada mais é do que uma função política, que se encontra dentro das prerrogativas inerentes a forma pela qual se exercita o poder político, para impor regras secundárias, de maneira a regulamentar definições gerais previstas nas normas legais, possibilitando a melhor execução das mesmas, mas ficando vedadas ao chefe do Poder Executivo, questões como definições de quaisquer interesses públicos específicos, bem como a criação, modificação e extinção de direitos subjetivos<sup>84</sup>.

Esta espécie de decreto não pode inovar na ordem jurídica, limitando-se a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida, tendo em vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme o artigo 5º, II, da Constituição<sup>85</sup>.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, passou a ser reconhecido em nosso ordenamento a figura do decreto autônomo, que passou a coexistir com a figura do regulamento executivo. Este último continua servindo somente para complementar e garanti a fiel execução da lei, enquanto ao primeiro passou a ser possibilitada a inovação dentro do ordenamento jurídico, mesmo não se tratando de lei em sentido estrito.

O regulamento autônomo, que até a entrada em vigor da referida emenda não era admitido em nosso ordenamento por causa do princípio da reserva legal, passa a ter a função de inovar na ordem jurídica, em matérias não regidas por lei. Ainda com base na referida emenda, podem ser identificados hoje em dia duas possibilidades diferentes de utilização de tal decreto: a) quando a matéria a ser tratada envolver a organização e funcionamento da administração pública federal, desde que não implique em aumento de despesa, nem criação ou extinção de

---

<sup>82</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 308.

<sup>83</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.p. 43.

<sup>84</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003. p. 132-133.

<sup>85</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 88.

órgãos; e, b) quando versar sobre a extinção de funções ou cargos públicos, desde que vagos, de acordo com o que dispõe o art. 84, VI, da CF.

Quando se fala do exercício deste poder normativo, de acordo com os ensinamentos de Henrique Cardoso Ribeiro<sup>86</sup>, significa dizer que

“O poder normativo exercido pelas Agências Reguladoras não decorre de qualquer delegação legislativa: é atribuição própria do Poder Executivo, através da Administração Direta e Indireta, incluídas as Agências Reguladoras, exercer dentro dos parâmetros legais, seu poder normativo. As Agências não legislam, mas normatizam os setores que lhe foram legalmente incumbidos de promover a regulação”.

Confirmando tal raciocínio, existe um reconhecimento doutrinário no sentido de que não deve ser feita uma interpretação literal do disposto no artigo 84, VI, da Constituição, tendo em vista que este poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também por outros agentes estatais, bem como por outros órgãos e entidades da Administração Pública, como as agências reguladoras, que possuem natureza de autarquias especiais, e integram a administração indireta<sup>87</sup>.

Neste mesmo sentido, reconhecendo a necessidade de interpretação não extensiva de tal dispositivo, ante a variedade de atos que podem ser praticados com o intuito de se regular determinada situação, preleciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>88</sup> ao afirmar que

“Por esse motivo é que considerando nossa sistemática de hierarquia normativa, podemos dizer que existem graus diversos de regulamentação conforme o patamar em que se aloje o regulamentador. Os decretos e regulamentos podem ser considerados como atos de regulamentação de primeiro grau; outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como atos de regulamentação de segundo grau, e assim por diante. Como exemplo de regulamentação de segundo grau, podemos citar as instruções expedidas pelos Ministérios de Estado, que têm por objetivo regulamentar as leis, decretos e regulamentos, possibilitando sua execução”

O princípio da separação dos poderes previsto na Constituição é uma cláusula pétrea, afastando a possibilidade de delegação da competência

---

<sup>86</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Coord. Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 29-30.

<sup>87</sup> CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 117.

<sup>88</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 44.

propriamente dita do Poder Legislativo para as agências reguladoras. Justamente por isso a linha adotada para realizar esta atribuição de competência normativa para as agências foi feita com base na ideia de descentralização administrativa, especialmente pelo fato de nossa organização administrativa ter como fator preponderante uma rígida composição hierárquica, tendo em vista que o nosso sistema adotou, em parte, os referenciais do modelo administrativo francês.

Portanto, resta ao Poder Legislativo, quando decide pela criação de uma agência reguladora, determinar de maneira geral e abstrata mediante lei em sentido estrito, quais serão as diretrizes a serem observadas pelo órgão regulador (*standards*), com a consequente operacionalização de tais mandamentos. Isso é feito com base na ideia de que tais leis possuem baixa densidade normativa, conhecidas como “leis quadro”, conforme se depreende dos ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão<sup>89</sup>:

“As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente”.

Fechando tal raciocínio, existe o posicionamento de Alexandre de Moraes ao afirmar que<sup>90</sup>:

“Dessa forma, a moderna Separação dos Poderes mantém a centralização governamental nos poderes políticos – Executivo e Legislativo -, que deverão fixar os preceitos básicos, as metas e as finalidades da Administração Pública, porém, exige maior descentralização administrativa, para a consecução desses objetivos [...] O congresso Nacional permanecerá com a centralização governamental, pois decidirá politicamente sobre a delegação e seus limites às Agências Reguladoras, porém efetivará a descentralização administrativa, permitindo o exercício do poder normativo para a consecução das metas traçadas na lei”.

Com base na aceitação deste poder regulamentar das Agências Reguladoras, torna-se possível delimitar o conceito de função regulatória.

No entendimento de Marcos Juruena Villela Souto<sup>91</sup>, a função regulatória

---

<sup>89</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.441.

<sup>90</sup> MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19-20.

<sup>91</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função regulatória**. In: Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE). Número 13 – fevereiro/março/abril - 2008 – Salvador – Bahia –

“(…) é compatível com cada uma das funções da Administração Pública (discricionária, de direção, normativa, sancionatória), variando conforme o tipo de atividade (polícia administrativa, gestão de serviços públicos, ordenamento econômico e ordenamento social); o motivo do destaque é que as demais funções são orientadas por critérios políticos, limitados pelo conceito de organização hierarquizada da Administração, ao passo que a função regulatória é técnica e seus critérios multidisciplinares devem ser orientados por uma política regulatória, estudada no Direito Administrativo”.

Resta clara a existência de uma diferença ente a função regulatória e a função legislativa o que, ainda segundo os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto<sup>92</sup>, significa dizer que

“A função regulatória distingue-se, primeiramente, da função legislativa, que vem impregnada de decisões de natureza política acerca do que representa o atendimento do interesse público pelo setor privado, fixado pela maioria definida no processo eleitoral. Como é sabido, o princípio da livre iniciativa tutela a atividade econômica privada como instrumento do atendimento dos interesses das coletividades, estimulando a produção e circulação da riqueza com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a atividade econômica privada submete-se, pois, à intervenção regulatória voltada ao atendimento das políticas públicas de desenvolvimento econômico e social, com vistas à criação de classes de consumidores, passando pela geração de empregos e produção, com segurança e acessibilidade de bens e serviços essenciais”.

Todavia, conforme já explicado anteriormente, pelo fato da lei ter natureza e conteúdo genérico e abstrato, para que a mesma possa ser apta para a concretização de direitos e obrigações relativas aos seus destinatários, torna-se necessária a existência e utilização das normas regulatórias, limitadas a interpretação do conteúdo técnico da lei, mas dotadas de caráter essencialmente técnico e especializado<sup>93</sup>.

Serve, portanto, como instrumento apto a implementar todo um conjunto de decisões de natureza política, de forma a executar fielmente através da autoridade estatal, a vontade da lei, tendo por objetivo maior o funcionamento eficiente dos

<sup>92</sup> Ibid., p. 2.

<sup>93</sup> Ibid., p. 2.



agentes econômicos e dos mercados, eis que este atuar administrativo passa a ser feito de maneira neutra e despolitizada<sup>94</sup>.

Outro ponto importante a ser destacado é a diferença entre função regulatória e função regulamentar. Esta última é exercida privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, enquanto a primeira se caracteriza pela presença de elementos técnicos, que servem para detalhar conceitos jurídicos indeterminados, normalmente implícitos na lei<sup>95</sup>.

Neste cenário, o agente regulador apenas edita normas, que devem ser necessariamente compatíveis com a Constituição e com a lei. Esta norma regulatória significa a forma pela qual o agente regulador interpreta determinados comandos constitucionais e legais, destacando que a agência também se encontra obrigada a respeitar suas próprias normas, justamente para garantir a aplicação do princípio da segurança jurídica<sup>96</sup>.

É justamente isso que se espera da função regulatória, que ela seja sempre eficiente do ponto de vista instrumental da AED, buscando atingir o maior equilíbrio possível através da norma, no que se refere aos interesses das partes envolvidas (Poder Público, operadoras de planos de saúde suplementar e beneficiários/beneficiário/usuários dos planos) e, como consequência, tornando aquele determinado mercado mais seguro para o atua de cada um deles.

Todavia, o presente estudo não se limita a questão da regulação, mas sim a um momento posterior a mesma, quando o Poder Judiciário é acionado por uma destas partes e passa a estar obrigado a se manifestar a respeito da aplicabilidade da norma ao caso concreto. Essas difíceis decisões, proferidas pelos juízes, também devem ser o mais eficientes possíveis, levando em consideração as possíveis consequências práticas advindas daquele ato decisório, o que na AED é chamado de consequencialismo.

---

<sup>94</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função regulatória**. In: Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE). Número 13 – fevereiro/março/abril - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861. p. 2 Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/a-func3a7c3a3o-regulatc3b3ria.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

<sup>95</sup> Ibid., p. 3.

<sup>96</sup> Ibid., p. 4.

## 2.2- A atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

O Estado marca a sua presença no segmento da saúde através de ações administrativas, que possuem como objetivo primordial, assegurar o cumprimento de uma obrigação prevista nos artigos 196 e 200, ambos da Constituição Federal, que determinam ser dever do Estado fornecer o acesso à saúde para todos os seus cidadãos<sup>97</sup>.

Também passa a fiscalizar a prestação dos serviços de saúde feitos em caráter suplementar pela iniciativa privada, de acordo com os requisitos fixados em lei, conforme as diretrizes gerais previstas no artigo 174 da Carta Maior que determina, resumidamente, que o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica<sup>98</sup>.

Com base na repartição constitucional de competências que devem ser atribuídas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, mais especificamente de acordo com o disposto no artigo 23, inciso II, em respeito ao princípio da especialidade, no nível federal a atividade de fiscalização passou a ser exercida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), integrante da administração indireta, tendo a mesma sido criada através da descentralização, via outorga, da titularidade desta função<sup>99</sup>.

Esta Agência é criada pela Lei nº 9961/2000 como uma autarquia sob o regime especial – possuindo autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes -, sendo vinculada ao Ministério da Saúde, devendo atuar em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. De se destacar que, a disciplinar esta atividade privada de planos de saúde suplementares, tal agência está, na verdade, regulando atividade econômica privada<sup>100</sup>.

De acordo com o entendimento de Paulo César Melo da Cunha<sup>101</sup>, vale frisar que

---

<sup>97</sup> CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Coord. Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003, p. 90.

<sup>98</sup> Ibid., p. 90.

<sup>99</sup> Ibid., p. 90.

<sup>100</sup> Ibid., p. 90.

<sup>101</sup> Ibid., p. 91-92.

“(...) A ANS não regula todos os serviços de saúde (prestadores de serviços como os médicos, hospitais, enfermeiros, ou produção de medicamentos), mas apenas a ponta do sistema, que lida com a comercialização de planos de saúde por pessoas jurídicas denominadas operadoras de planos privados de assistência à saúde.”

A principal fonte de receita da ANS vem da cobrança de uma taxa chamada de taxa de saúde suplementar. O fato gerador que viabiliza a cobrança da mesma é o exercício do poder de polícia administrativa por parte desta agência, sobre as pessoas jurídicas que atuam no mercado, abrangendo todas as suas formas de constituição legal, quando as mesmas operam produtos, serviços ou contratos com a finalidade de que seja garantida a assistência à saúde, com base na prestação de serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica<sup>102</sup>.

A lei de criação da ANS serviu para consolidar o marco regulatório do setor, tendo em vista que, dois anos antes da criação da agência, havia sido promulgada a Lei nº 9.656/98, que dispôs sobre as regras aplicáveis aos planos e seguros privados de assistência à saúde, deixando mais claras e aumentando a segurança jurídica dos beneficiários/beneficiário/usuários dos planos de saúde suplementar, o que se mostrou extremamente importante, tendo em vista que, com base em dados de março de 2018, o mercado de beneficiários/beneficiário/usuários de planos privados de saúde conta atualmente com mais de quarenta e sete milhões de beneficiários<sup>103</sup>.

Este também é o entendimento de Aluísio Gomes da Silva Júnior<sup>104</sup> acerca de quais normas compõe o marco regulatório, ao afirmar que

“O marco regulatório da saúde suplementar no Brasil se consubstancia, basicamente, na Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1988, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, reguladora das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”.

---

<sup>102</sup> CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Coord. Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003, p. 93.

<sup>103</sup> Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS celebra os 20 anos de regulamentação da saúde suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/4466-ans-celebra-os-20-anos-de-regulamentacao-da-saude-suplementar>>. Acesso em 18 jan. 2019.

<sup>104</sup> SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. **Saúde suplementar: regulação e jurisdição**. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 229.

Antes da entrada em vigor das referidas leis, o cenário para os beneficiários/beneficiário/usuários era de muita insegurança, pois ocorriam basicamente dois grandes problemas: a) não existia legislação específica que pudesse ser aplicada às seguradoras de planos de saúde e, com isso, as mesmas tinham de se submeter as regras determinadas pela Superintendência de Seguros Privados (Susep); e, b) também não existiam normas que pudessem ser aplicadas às demais operadoras o que gerava uma situação pior ainda, pois tinham liberdade para criar seus próprios contratos, definindo unilateralmente, sem a fiscalização de nenhum órgão, quais os direitos e deveres dos beneficiários/beneficiário/usuários.

Sem a presença da ANS para dizer quais as diretrizes aplicáveis ao setor, as empresas que atuavam no setor praticavam diversos abusos contra o beneficiário, tais como: a) estabelecimento de prazos máximos de internação; b) carência muito estendida para a maioria dos procedimentos que podiam ser realizados; c) falta de definição de qual o rol exato de medicamentos e procedimentos cobertos pelos planos; e, d) ausência de um processo formal e detalhado sobre o como seria feito o registro e concessão de autorização de funcionamento das operadoras.

Já antecipando o que será analisado no final do capítulo 3 desta dissertação, algumas das principais medidas previstas nesta lei foram: a) definições dos tipos de planos de saúde e as principais características de cada um; b) estabelecimento de uma cobertura mínima de acordo com os padrões definidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS), formalizada de acordo com um documento intitulado Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID); c) limitação de prazos máximos de carência; d) previsão de como deve ser feito o reajuste dos contratos; e) a obrigatoriedade das operadoras enviarem para a ANS diversas informações – sobre seus beneficiários, despesas assistenciais, contábeis e econômico- financeiras; dentre outras.

Assim, o principal objetivo da ANS foi harmonizar os interesses dos consumidores e operadoras de planos de saúde, de maneira a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País, por meio do exercício de suas atividades de polícia normativa, decisória e sancionatória<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Coord. Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003, p. 93.

De se destacar que o impacto desta norma no mercado da saúde suplementar foi tão forte que a própria lei que regulou estes tipos de planos foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.931-8) distribuída para julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) em dezembro de 1998, tendo como autora a Confederação Nacional das Entidades de Saúde.

Quando da apreciação do pedido de liminar, o STF, à época, reconheceu a legitimidade ativa da autora, mas não conheceu da ação quanto às inconstitucionalidades formais requeridas na inicial. Ocorre que, em fevereiro de 2018, portanto quase de anos após a decisão em sede liminar, o STF decidiu que a regulamentação dos planos de saúde não atinge contratos celebrados antes da Lei 9.656/1998, tema que será abordado de forma mais aprofundada no Capítulo 3 desta dissertação.

Superadas as questões envolvendo a suposta inconstitucionalidade de diversos artigos previstos na lei federal reguladora, no que se refere às normas infralegais que regulam o setor, as mesmas foram inicialmente editadas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU) e posteriormente pela ANS. Foram 32 resoluções do CONSU, 30 portarias da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, no período pré-Agência. Com a criação da ANS foram editadas até outubro de 2005, cerca de 91 Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC), aproximadamente 115 Resoluções Normativas (RN), 10 Súmulas Normativas (expressam o entendimento da Direção Colegiada da ANS sobre aspectos controversos ou vagos da legislação), 324 Resoluções Operacionais (RO), além de 35 Instruções Normativas e 21 Resoluções de Diretoria (RE) das várias diretorias que compõem o organograma da ANS<sup>106</sup>, que totaliza 658 atos de regulação aplicáveis ao setor.

Dentre elas, as RDC's e as RN's, pelo fato de possuírem um detalhamento muito maior em relação aos demais normativos infralegais, acabam provocando maior impacto no setor da saúde suplementar, pois representam a própria política

---

<sup>106</sup> SANTOS. Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

institucional da ANS, ficando reservado para as demais disposições infralegais um papel secundário, servindo mais à regulamentação operacional interna da ANS<sup>107</sup>.

Fausto Pereira<sup>108</sup> adota uma classificação de tais normas que nos facilitará analisar seu conteúdo, dividindo as mesmas em: a) resoluções que tratam acerca do poder de fiscalização da ANS e da política de adaptação à nova legislação dos planos anteriores a lei; b) resoluções que tratam da regulação do mercado e de seus preços; e, c) resoluções de caráter assistencial.

No que se refere a fiscalização da ANS, os principais normativo são as RDCs de números 24 e 57. A primeira traz um rol de procedimentos que, se desrespeitados pelas operadoras, tornam as mesmas passíveis de sofrerem punição, tais como: a) cobrança de taxas na renovação dos seus contratos; b) negativa de participação de beneficiários/beneficiário/usuários por questões relativas a idade ou doença preexistente; c) pela comercialização de produtos não registrados na ANS; d) pelo descumprimento das disposições relativas às garantias dos direitos dos consumidores (beneficiários/beneficiário/usuários); e, e) pela utilização de índices de reajuste maiores do que o previsto pela ANS ou além do previsto contratualmente com o beneficiário/usuário. Já a RDC 57 trata justamente de qual o instrumento hábil a ser utilizado pela ANS no caso de infração cometida pela operadora, qual seja, o chamado termo de ajustamento de conduta.

Pela leitura dos respectivos documentos é possível constatar a ausência de uma regulação maior acerca da fiscalização na relação estabelecida entre os beneficiários/beneficiário/usuários do plano e sua operadora, denotando uma baixa efetividade no que se refere ao cumprimento das penalidades previstas a aplicadas pós fiscalização pela ANS<sup>109</sup>. Esta constatação permite entender o porquê da existência de uma judicialização por vezes excessiva de tais questões, culminando com decisões proferidas pelos julgadoras em sua grande maioria de forma individual e por vezes sem uma análise consequencialista mais criteriosa.

No tocante a necessidade de adaptação das operadores de planos de saúde suplementar, a ANS tratou do assunto com a edição da RN 64, por sua vez

---

<sup>107</sup> SANTOS. Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>108</sup> Ibid., p. 84.

<sup>109</sup> Ibid., p. 86.

elaborada com base na Lei nº 10.850/04, que traçou diretrizes gerais aptas a criar condições favoráveis para que estas empresas implantassem tais programas de adequação dos contratos antigos às disposições do artigo 35 da Lei 9656/98.

Este sem dúvida alguma é mais um dos gargalos existentes e que devem ser superados pelos atores envolvidos nesta questão, tendo em vista que um grande número de ações judiciais, ora movidas pelas próprias operadoras, ora pelos beneficiários/beneficiário/usuários de seus planos<sup>110</sup>. Isto significa a possibilidade de inclusão de mais de 800 mil beneficiários/beneficiário/usuários de planos anteriores a lei que regulou a matéria, distribuídos em cinco empresas que assinaram termos de compromisso com a agência<sup>111</sup>.

Outro ponto que é muito questionado na justiça é a questão da política de reajuste de preços dos planos celebrados, existem vários normativos a este respeito, podendo ser destacadas as RDCs de nºs 28/2000, 29/2000, 66/2001 e as RNs de nº 08/2002, 36/2003 e 63/2003. Sob este aspecto merece destaque a colocação feita por Fausto Pereira<sup>112</sup> ao observar que

“Nem tanto pela exigência de uma nota técnica que demonstre a viabilidade econômica do plano a ser vendido, e sim pelo controle do reajuste anual dos planos individuais e familiares. Neste aspecto, a política adotada consegue produzir contestação de diversos setores. Sempre os financiadores (beneficiários) julgam a contraprestação pecuniária alta, sempre as operadoras julgam o índice autorizado baixo. Por sua vez, os prestadores de serviços solicitam maior participação na distribuição dos recursos que circulam no setor”.

Por último, em relação a questão assistencial, a mesma se encontrada regulada pela Resolução CONSU nº 10, pelas RDCs 21, 41, 67/2001, 68/2001 e pela RN 82. Tais normativos tratam, de maneira geral, a respeito da criação de um rol mínimo de coberturas, da segmentação permitida às operadoras (plano ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, odontológico) e da caracterização

---

<sup>110</sup> SANTOS. Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. p. 89 Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>111</sup> Ibid., p. 90.

<sup>112</sup> Ibid., p. 96.

da doença ou lesão preexistente com o estabelecimento da cobertura parcial temporária<sup>113</sup>.

Assim, a principal finalidade da criação de um marco regulatório é criar o cenário estável necessário para que haja a continuação desta regulação, cada vez mais detalhada, por intermédio dos atos infralegais, de forma a combater eventuais problemas sistêmicos, estruturando melhor os atores envolvidos no processo (no caso as operadoras de saúde suplementar), e se preocupando em promover a aproximação e harmonização das razões sociais, caracterizadas pelas necessidades dos beneficiários/beneficiário/usuários dos planos, com as razões de ordem econômica, caracterizadas pelos interesses das operadoras de planos de saúde.

### 2.3- Contrato de plano privado de assistência à saúde

Os contratos relativos aos planos de saúde suplementar possuem as características da maioria dos outros tipos de contratos: bilaterais, comutativos, onerosos e típicos.

Além destas características, também possuem a chamada aleatoriedade, significando que uma das prestações avençadas pode deixar de existir, em virtude de um acontecimento incerto e futuro<sup>114</sup>. Isso ocorre com os contratos inerentes a saúde suplementar, tendo em vista que nesta espécie contratual, a contraprestação por parte da operadora só será devida caso venha a se consolidar o evento futuro (necessidade de uma consulta médica, da realização de um procedimento ambulatorial ou de uma internação hospitalar, dentro outros).

Este, inclusive, foi o posicionamento exarado pelo ministro Marco Aurélio<sup>115</sup> ao julgar o mérito da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 1.931:

---

<sup>113</sup> SANTOS, Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. p. 96 Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan.2019.

<sup>114</sup> MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 11 ed., Forense: Rio de Janeiro, 1990. p. 109.

<sup>115</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.931. Requerente: Confederação Nacional De Saúde - Hospitais Estabelecimentos E Serviços (CNS). Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. p.39-40. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. Acesso em: 19 dez. 2018.



“A ressaltar essa óptica, rememorem a natureza do negócio jurídico, no que assegura ao contratante a eventual prestação de serviço médico. Não há o fornecimento do serviço em si, mas, tão somente, a garantia conferida pelo operador de que, quando o atendimento se fizer necessário, será proporcionado pela própria rede credenciada, ou ressarcido em proveito do beneficiário/usuário. Está-se diante de contrato a garantir cobertura de eventuais despesas, no qual o contratante do plano substitui, mediante o pagamento de mensalidade à operadora, o risco individual por espécie de risco coletivo. Não se trata de contrato de natureza comutativa, em que o desembolso financeiro realizado pelo segurado corresponda exatamente a uma prestação. O elemento típico a reger os contratos é a aleatoriedade, a revelar que o contratante desembolsa mensalidade sem saber ao certo se e quando utilizará a assistência médico-hospitalar. Essas características levam à conclusão de serem as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde assemelhadas a contrato de seguro.”

Também possui uma outra característica conhecida como viés securitário, pois suas bases econômicas são muito parecidas com as dos contratos de seguro, tendo em vista que permitem prevenir uma perda esperada por meio de uma perda atual<sup>116</sup>.

Quanto a solidariedade (mutualismo), mesmo diante de uma relação jurídica estabelecida diretamente entre o consumidor e a operadora, existe uma relação de solidariedade entre todos os beneficiários/usuários de determinado plano, que se encontram intimamente ligados pela noção de mutualismo, consequência natural da natureza coletiva que tais contratos possuem, ponto que será explicado detalhadamente a seguir.

O universo total de beneficiários/usuários de determinado plano pagam mensalmente um valor estipulado para o mesmo, constituindo o chamado fundo comum. Com base nos valores contidos neste fundo passa a ser possível as operadoras conseguir arcar com as coberturas exigidas pela lei, em especial para aqueles beneficiários/beneficiário/usuários que necessitem utilizar a rede de assistência ambulatorial e hospitalar da operadora. Na prática, significa dizer que a grande maioria dos consumidores do plano irá pagar – na maioria das vezes sem sequer usar os serviços do plano –, para que poucos beneficiários/beneficiário/usuários possam utilizar o mesmo, quando necessário.

---

<sup>116</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. **A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial**: algumas considerações em torno da assimetria In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) Direito e economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 203-223.

São os chamados contratos de bases coletivas o que, nas palavras de Aurisvaldo Melo Sampaio<sup>117</sup> significa

“Com isto, pretende-se dizer que uma característica é comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois, diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros”.

A ideia de mutualismo também está definida na cartilha elaborada pela Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE)<sup>118</sup> ao dispor que

“Mutualismo é a base técnica que sustenta todos os contratos de seguro e, entre eles, os Planos e Seguros de Saúde. É o mutualismo que permite que muitas pessoas contribuam com valores em dinheiro para a formação de um fundo, de onde sairão os recursos para pagar todos os custos necessários para os diversos procedimentos, dentro do previsto no contrato e na legislação, para aquelas pessoas que eventualmente necessitem de assistência médica. Sem o correto funcionamento do sistema mutual cada pessoa deveria pagar sozinha pelos gastos que tivesse em saúde, o que quase nunca é possível devido ao nível de renda da maioria da população”.

Finalizando a questão da mutualidade, de se destacar as palavras de Leandro Martins Zanitelli<sup>119</sup> ao afirmar que:

“Como qualquer forma de seguro, os planos de saúde expressam a ideia de solidariedade à medida que os prêmios pagos pela totalidade dos consumidores contribuam para fazer frente às despesas de alguns – no caso, as despesas de saúde daqueles que vêm a necessitar de tratamento no período abrangido pelo contrato. Mesmo sob o regime de irrestrita liberdade contratual ou livre mercado, é possível considerar a solidariedade como um princípio em matéria de seguros de saúde”.

---

<sup>117</sup> SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

<sup>118</sup> Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE). **Cartilha: Fundamentos dos Planos e Seguros de Saúde: Mutualismo, Pacto Intergeracional, Risco Moral e Seleção**. 2016. p. 11. Disponível em: < <http://cnseg.org.br/fenasaude/publicacoes/guias-cartilhas/fundamentos-dos-planos-e-seguros-de-saude-mutualismo-pacto-intergeracional-risco-moral-e-selecao.html>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>119</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. **A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial**: algumas considerações em torno da assimetria normativa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 7.

No entanto, para que se torne possível a construção de uma base coletiva sólida, com a ideia de mutualismo tecnicamente bem desenvolvida, é necessário lançar mão de um mecanismo chamado cálculo atuarial que serve, resumidamente, para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de planos de saúde suplementar, com base na análise da relação existente entre a cobertura de serviços ofertada pela administradora – de acordo com as exigências mínimas previstas no marco regulatório -, e a retribuição que deverá ser paga pelo beneficiário/usuário do plano, que será mantida durante toda a existência do contrato.

Segundo Luiz Fernando Vendramini<sup>120</sup> a precificação dos planos de saúde suplementar tornou-se obrigatória com o advento da Lei 9.656/98, devendo ser feita através de cálculos atuariais

“(...) os quais contemplam, além dos custos passados e o custeio das despesas totais de administração, a previsão da evolução futura dos custos num ambiente de inflação da saúde, o envelhecimento da população beneficiária, o risco de aumento de custos, de utilização (sinistralidade) ou ambos e suas formas de diluição e repasse, e o dimensionamento de provisões técnicas que propiciam garantias financeiras à operadora, mantendo-a solvente”.

Fechando tal questão da precificação, ainda a respeito do cálculo atuarial, Leandro Martins Zanitelli<sup>121</sup> esclarece que

“O princípio da justiça atuarial exige que o preço do seguro seja determinado de acordo com a situação de risco de cada contratante. Expresso em termos materiais, isso significa que um consumidor a cujo custo esperado com o tratamento médico seja 30% inferior ao de um consumidor b teria de pagar 30% a menos pelo seguro”.

Também deve ser considerada a questão da solidariedade intergeracional, definida pela Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE)<sup>122</sup> como

---

<sup>120</sup> VENDRAMINI, Luiz Fernando. **Precificação de planos de assistência à saúde**: uma visão integrada. Revista FESPPR PUBLICA. Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR). p. 3. Disponível em: <[publica.fesppr.br/index.php/rnti/issue/download/1/4](http://publica.fesppr.br/index.php/rnti/issue/download/1/4)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>121</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. **A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial**: algumas considerações em torno da assimetria normativa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 10.

<sup>122</sup> Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE). **Cartilha**: Fundamentos dos Planos e Seguros de Saúde: Mutualismo, Pacto Intergeracional, Risco Moral e Seleção. 2016. p. 16. Disponível em: <<http://cnseg.org.br/fenasaude/publicacoes/guias-cartilhas/fundamentos-dos-planos-e-seguros-de-saude-mutualismo-pacto-intergeracional-risco-moral-e-selecao.html>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

“Pacto ou solidariedade intergeracional significa, portanto, que os mais jovens, sujeitos a menor incidência de riscos na saúde, custeiam parte da maior utilização feita pelos mais idosos, estes sim com riscos mais frequentes para sua saúde. No sistema privado de saúde esse pacto ou solidariedade intergeracional é o que permite a permanência dos idosos nos planos de saúde, já que normalmente suas rendas provêm dos modestos valores de suas aposentadorias. Para que haja sustentabilidade do sistema é necessário que se preserve uma dada relação entre o número de idoso e o de jovens. Sem essa condição e esse pacto todo o sistema estaria vulnerável e sujeito a insolvência.”

Este tipo específico de solidariedade leva em consideração a existência de diversas provas científicas que a nossa saúde vai se degenerando com o passar dos anos, fazendo com que o nosso grau de risco para as operadoras de planos de saúde aumente a medida que alguns usuários ficam mais velhos, tendo em vista o aumento da ocorrência de doenças crônicas que demandam cuidados médicos mais frequentes e mais caros.

Luciano Benetti Timm<sup>123</sup> explica esta situação do ponto de vista da Análise Econômica do Direito ao tratar do contrato de financiamento habitacional:

“Nesse sentido, a coletividade em um contrato de financiamento habitacional é representada pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos empréstimos a quem precisa. Assim se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, o grupo (a coletividade) perderá (ficando sem recursos e terminando por pagar um juro maior)”.

Resta clara a importância das decisões judiciais respeitarem ao máximo estas características específicas dos contratos relativos aos planos de saúde celebrados pelas operadoras da saúde suplementar com seus respectivos beneficiários/usuários para que seja mantido o equilíbrio econômico financeiro de tais documentos, garantindo assim a continuidade da prestação dos serviços contratados, da forma mais eficiente possível.

---

<sup>123</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro**: justiça distributiva versus eficiência econômica In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) Direito e economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-96.

## 2.4- Judicialização da saúde suplementar no Brasil

Antes de abordar especificamente a questão da judicialização, imprescindível diferenciar a mesma de outros dois institutos, por vezes utilizados de forma equivocada: o ativismo judicial e o passivismo.

Começando pela judicialização, devem ser destacados os ensinamentos de Luís Roberto Barroso<sup>124</sup>, ao afirmar que

“judicialização significa que algumas questões de larga repercussão político ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao brasileiro modelo institucional.”

Esta judicialização crescente ocorreu em grande parte pela redemocratização provocada com a promulgação da Constituição de 1988 que, dentre outras coisas, possibilitou que a ideia de cidadania fosse trabalhada com um novo significado, baseado na ideia de maior disseminação das informações para a população, o que aumenta a consciência acerca de seus direitos, bem como a possibilidade de que os mesmos sejam resguardados judicialmente.

Além disso, o referido diploma normativo alçou a nível constitucional diversas matérias que, antes, eram tratadas muitas vezes somente em nível infraconstitucional, dependendo exclusivamente de leis instituidoras de políticas públicas, mas com o advento da constituição cidadã passaram a poder ser reformuladas por meio de decisões judiciais.

Outro possível fato impulsionador desta judicialização é tratado por Humberto Theodoro Júnior<sup>125</sup>, ao afirmar que existe uma crise institucional:

---

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 276.

<sup>125</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória**. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, p. 11.

“Vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda. Um Executivo que não promove políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais; em verdade, as políticas públicas deste último se preocupam apenas com a tentativa de redivisão de renda, mas não com a consecução de todo o projeto constitucional de 1988 e de políticas de consolidação de direitos fundamentais. A constituição em nosso país muitas vezes se amolda ao detentor do “governo”. Temos acompanhado que cada novo governo a CRFB passa por uma série de emendas para permitir a “governabilidade”, quando ela que deveria ditar os fundamentos das políticas públicas.”

Dentre os motivos citados, muito provavelmente este último seja o principal impulsionador deste fenômeno, pois quando a população perde a credibilidade nas instâncias democráticas que, originariamente deveriam zelar pela elaboração e efetiva implementação de políticas públicas de saúde – Poder Legislativo e Poder Executivo -, invariavelmente só resta aos mesmos recorrer ao Poder Judiciário para pleitear que seus direitos sejam resguardados.

Já o ativismo, de acordo com Luís Roberto Barroso<sup>126</sup>, significa

“(…) a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

Por derradeiro, resta o chamado passivismo - *self-restraint* -, no qual o Poder Judiciário busca interferir minimamente na atuação dos demais poderes, evitando a aplicação direta dos mandamentos constitucionais para situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, utilizando critérios rígidos e conservadores para declarar inconstitucionalidade e abstendo-se de interferir nas políticas públicas<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

<sup>127</sup> Ibid., p. 280.

Para esclarecer uma possível confusão entre o ativismo e a judicialização, devem ser observadas as considerações feitas por Lenio Luiz Streck<sup>128</sup> especificamente acerca do cenário brasileiro que enseja tais problemas:

“(...) no Brasil, a questão é bem mais complexa, até pela previsão de direitos sociais no texto constitucional. O problema, portanto, não reside na mera concessão de liminares na área da saúde ou na educação, para citar dois delicados campos sociais. Essa questão se complexou no momento em que os juízes confundiram judicialização com ativismo, optando pelo segundo. Com isso, o Estado deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes “comodamente” – às determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania. Além disso, à luz de uma leitura mais substancialista, a cidadania sofre revezes com as posturas self-restraining dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, que, ainda nesta quadra da história, por vezes, adotam posturas exegéticas, fazendo valer regras desindexadas dos princípios constitucionais.”

A questão é que sempre o Judiciário estará diante de situações delicadas pois, se adota uma postura mais intervencionista em relação ao controle das políticas públicas, é acusado de ativista e, ao mesmo tempo, se assume uma postura mais passiva – conservadora -, muitas vezes é criticado pela mídia por ter sido conservador demais em determinado assunto<sup>129</sup>. Este é o quadro com que se deparam os juízes, diariamente, quando tem de decidir sobre as demandas envolvendo o direito à saúde suplementar.

Ainda que existam entendimentos de que o Poder Judiciário detém legitimidade para decidir tais questões, certamente esta não é a melhor solução, salvo questões claramente emergenciais. Não deve ser visto, entretanto, como a verdadeira solução a longo prazo, tendo em vista que tais discussões deveriam necessariamente passar antes por diversas discussões públicas, de maneira a formar no parlamento uma vontade pública institucionalizada, com a possibilidade de amplo debate entre os diversos partidos existentes, com suas diferentes ideologias<sup>130</sup>.

A questão é como evitar, em maior ou menor grau, posturas de judicialização, ativismo ou passivismo por parte dos juízes, tendo em vista a aplicação da inafastabilidade da apreciação das questões pelo Poder Judiciário,

---

<sup>128</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195-196.

<sup>129</sup> Ibid., p. 195-196.

<sup>130</sup> BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. **Crise na democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. nº 100. Jan./jun. 2010, p. 62-63.

conforme previsão disposta no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, somada a crise institucional que nossa democracia em passando.

E mais, partindo do pressuposto de que os juízes, ao decidirem, possuem certa margem de discricionariedade, podem acabar baseando suas decisões de forma mais genérica, com base na suposta violação a dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e ao direito à saúde, servindo como concretizadores de políticas públicas. Isso é mais grave e mais latente nos casos lidando sobre a saúde suplementar, eis que a mesma possui legislação constitucional e infraconstitucional específica, bem como atos de regulação emanados pela ANS, que culminam com a celebração de contratos entre beneficiários/beneficiário/usuários e operadoras, em princípio, de acordo com as determinações contidas nestas normas.

Neste mesmo sentido também se posiciona Henrique Freire de Oliveira Souza<sup>131</sup> ao concluir que

“(...) resta clara uma tendência a não se ter qualquer limite, do ponto de vista judicial, para a incorporação de novas tecnologias no contrato. Os argumentos se multiplicam em um jogo no qual as operadoras passam a ser obrigadas a oferecer tudo o que existe e vier a existir sem qualquer limite: ora com citação a princípios Constitucionais, ora com citação ao CDC, ora com citação a decisões judiciais não conflitantes com a ideia de concessão, ora mediante aplicação da Lei Federal 9.656/1998 – quando mais benéfica – a contratos anteriores, ora mediante interpretação de cláusulas de contrato e ora, simplesmente, admitindo ou não recursos (...)”

Em nenhum momento se sustenta que este controle judicial não pode ser feito, muito pelo contrário, conforme já explicado anteriormente, no primeiro capítulo desta dissertação, é plenamente aceito atualmente o controle de tais atos, tendo em vista serem os mesmos atos administrativos de regulação e, assim sendo, podem ser equiparados a diversos outros atos de mesma natureza elaborados por outros entes da administração indireta, sendo passíveis de controle pelo Poder Judiciário<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. O. **Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 121-155.

<sup>132</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras**. In: MORAES, Alexandre. (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163-170.



Todavia, tal controle deve se ater a alguns limites, em especial para verificar a conformação da norma específica com os *standards* previstos na lei-quadro<sup>133</sup>, conforme explicado anteriormente, já que o conteúdo de tais leis serve para legitimar o que for elaborado nestas normas infralegais das agências.

Justamente esta falta de uma análise mais acurada das consequências que tais decisões podem causar nas partes envolvidas é que será tratado no próximo capítulo, de acordo com os principais mecanismos presentes na AED e, ainda que implicitamente, adotados pelas alterações promovidas recentemente na LINDB.

### **3- A ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR: A NOVA SISTEMÁTICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**

Neste último capítulo, serão abordadas diversas questões ligadas à possibilidade de utilização dos diversos instrumentos fornecidos pela análise econômica do direito (AED) especificamente em relação às decisões judiciais proferidas nas questões ligadas à saúde suplementar, que servirá como base para que seja possível verificar qual o impacto das decisões judiciais sobre os planos de saúde privados, utilizando como diretrizes gerais as Resoluções do CNJ sobre o tema e as alterações promovidas na LINDB. Por fim, será realizado o estudo de hard cases envolvendo a saúde suplementar e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a este respeito.

#### **3.1- A análise econômica do direito (AED) e sua aplicabilidade**

Com o passar dos anos e com o aumento da complexidade das relações sociais e jurídicas, uma análise meramente jurídica já não se mostra apta a solucionar de maneira eficiente e justa tais demandas. Neste contexto surge a ideia da utilização da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

Tal teoria, também conhecida como AED, tem por principal escopo promover a investigação dos fenômenos ocorridos no campo do Direito, mas a partir de um novo ponto de vista, o econômico. Se preocupa mais com as consequências práticas das decisões judiciais proferidas, tendo em vista que inexistente direito sem custo, ou

---

<sup>133</sup> VERISSIMO, Marcos Paulo. **Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras**. In: ARAGÃO, Alexandre S. (org.). O poder normativo das agências reguladoras, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 291.

seja, qualquer tomada de posição do julgador irá necessariamente provocar um resultado prático, que pode ser mais ou menos benéfico dependendo dos instrumentos utilizados pelo julgador.

Fica mais clara, então, a necessidade de que se passe a abordar as decisões judiciais com base no binômio eficiência-justiça de maneira sistêmica, de forma a se incentivar novas posturas por parte do Poder Judiciário, capazes de maximizar a distribuição da tão almejada paz social e da segurança jurídica, coisas que o Direito, nos últimos anos, não vem conseguindo fazer de maneira satisfatória.

Com base em tais ideias surge na Universidade de Chicago o esboço inicial do que é a atual Análise Econômica do Direito (AED), tendo como marco inicial a publicação de um artigo de Ronald Coase, intitulado “*The nature of the firm*”.

Todavia, somente em meados da década de 60 é que tal movimento finalmente se consolida como uma verdadeira doutrina, tendo como marco fundamental o trabalho intitulado “*The problem of social cost*” também publicado por Ronald Coase. Tal publicação se torna muito importante para a AED, pois traz pela primeira vez as premissas básicas que tratam e delineiam o conceito de externalidade, para trabalhar a mesma como teoria econômica, passando a analisar a questão dos custos efetivos dos direitos<sup>134</sup>.

Consolidando tal ciclo doutrinário, surge a publicação do filósofo e jurista americano Richard Posner, sendo considerada por muitos a obra inicial e mais importante do movimento “*Law and Economics*”, pois passa a analisar as questões jurídicas justamente no campo da existência de bens escassos e necessários para que sejam satisfeitas as diversas necessidades humanas.

Também traz em seu bojo a ideia de maximização da riqueza, levando-se em conta o crescimento do papel institucional do poder judiciário, descortinando a necessidade de se passar a utilizar métodos interdisciplinares para se estudar tais problemas jurídicos, focando sempre na tentativa de se buscar uma explicação calcada em argumentos oriundos da economia, para que seja possível explicar o fenômeno jurídico e identificando quais as possíveis medidas existentes ou que devem ser criadas para corrigir e minimizar eventuais distorções geradas por normas jurídicas ou por decisões judiciais.

---

<sup>134</sup> COASE, Ronald Henry. ***The Problem of Social Cost***. Journal of Law and Economics. October, 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

Neste sentido, de se destacar que, dentro do estudo da AED, existem duas grandes correntes de pensamento e análise: direito e economia positivo e direito e economia normativo, consideradas por parte da doutrina como duas dimensões distintas e autônomas<sup>135</sup>.

Em sua vertente positiva, tem como método de estudo a realidade comportamental que se apresenta em determinado cenário jurídico e sua posterior descrição, não se limitando somente a descrever, mas também fazendo julgamentos com conteúdo claramente interpretativo, ou seja, quais as possíveis repercussões do direito sobre o mundo real dos fatos. De maneira mais clara, procura demonstrar como determinada norma jurídica pode evoluir ou não para entregar uma maior eficiência à sociedade, no tocante às previsões contidas em seus dispositivos.

Toma como base os institutos criados e utilizados pela macroeconomia, que se ocupa basicamente em analisar o aspecto e como funciona determinada sociedade de uma forma geral, já devidamente incluídas neste contexto as chamadas políticas econômicas de larga escala, ou seja, é o estudo do conjunto econômico como um todo.

Em sua vertente normativa, o objeto de estudo passa a ser a análise e emissão de juízos de valor que permitam afirmar se determinado dispositivo previsto em uma norma é adequado ou não para dirimir de forma eficiente determinada demanda social. Seria quase uma análise do que se pretende prescrever em determinada política pública voltada para a saúde.

Verifica-se como as normas de regulação existentes podem minimizar eventuais litígios, possibilitando a cooperação entre as partes para a solução rápida da demanda, seja em sede administrativa, seja em sede judicial. E, ainda, se existem outras normas não emanadas diretamente da ANS que podem auxiliar na solução do problema, quando da elaboração da decisão pelo magistrado.

Tais verificações usam como base os institutos da microeconomia, muito mais voltados para estudar especificamente o funcionamento das relações econômicas e de seus atores individualmente considerados, com ênfase nos chamados processos decisórios tomados pelos diversos agentes econômicos ou,

---

<sup>135</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia?** Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Selected Works. p. 44. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=bruno_meyerhof_salama). Acesso em: 10 jun. de 2018.

ainda, de mercados específicos analisados de forma estanque, como por exemplo, o mercado dos planos de saúde suplementar.

Sintetizando melhor os objetos de estudo de cada linha de pensamento, é possível afirmar que o direito e economia normativo enfrenta o conceito de eficiência como critério objetivo da decisão, indispensável ao direito. Por outro lado o direito e economia positivo se ocupa em descrever o seu objeto<sup>136</sup>.

Não a eficiência puramente dita, mas sim analisada num contexto mais amplo, de se buscar reduzir os custos das transações sob análise, promovendo uma melhor naquele cenário econômico e, ainda, tentando prever o comportamento dos juízes, dos demais operadores do direito e das partes envolvidas em certa demanda.

No caso do estudo da presente dissertação, entende-se que a AED, na grande maioria das vezes, inclusive no caso da utilização de todo o instrumental desenvolvido por Posner, está ligada às ideias da microeconomia<sup>137</sup>.

Ainda de acordo com estas noções introdutórias, o pensamento de Posner se inicia com a ideia de que a Economia deve ser considerada como uma ciência, que tem por seu principal objeto o estudo das escolhas racionais feitas pelos diversos atores presentes em um cenário micro, considerando o mundo é caracterizado pela presença de recursos limitados em relação às necessidades humanas aspiradas<sup>138</sup>.

Desta forma, Posner utiliza como base os conceitos já largamente usados pela microeconomia, permitindo um maior aprofundamento no estudo das questões jurídicas que se apresentem, saindo do mero raciocínio jurídico para tornar possível a pesquisa e a constatação de quais os verdadeiros fundamentos jurídicos de determinada norma, instituto ou decisão o que, quase sempre, revela a sua natureza econômica, sempre tendo como diretriz geral a ideia de se conseguir promover a alocação mais eficiente dos recursos disponíveis.

Em seu posicionamento inicial, Posner entende que o ponto de partida de qualquer raciocínio econômico seria o fato de que os indivíduos agem, quando

---

<sup>136</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 176.

<sup>137</sup> COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. Berkeley Program in Law & Economics, 2007. p. 13. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 junho de 2018.

<sup>138</sup> POSNER, Richard Alan. **Economic Analysis of Law**. 6a ed. Vol. 869. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 3.

tomam suas decisões, como maximizadores racionais de suas pretensões. Seria analisar o ser humano sob um ponto de vista econômico (o *homo economicus*), que usaria a seu favor a chamada racionalidade instrumental em toda a condução de sua vida cotidiana<sup>139</sup>.

Esta noção de racionalidade empregada pela AED em seu universo micro, significa um processo de escolha que pode ser realizado de forma consciente ou inconsciente pelo agente, mas sempre voltado para alcançar determinado fim eleito pelo mesmo. No caso dos planos de saúde, muitas vezes o beneficiário/usuário analisa as diversas opções de planos de saúde existentes mas, ainda que deseje tem um plano mais completo, as suas questões orçamentárias irão acabar restringindo a escolha da opção desejada frente a opção possível.

Este agente racional tipificado por Posner, quando se encontra diante de mais de uma conduta passível de ser tomada, acaba por levar em consideração a relação custo-benefício que existe entre as diversas escolhas possíveis, em geral optando por aquela que possua o maior número de incentivos, atendendo da melhor forma possível seus próprios interesses. Muitas vezes estas escolhas não serão necessariamente as mais eficientes do ponto de vista econômico, mas jamais deixarão de ser racionais.

E é esta forma de se escolher determinada opção o que a microeconomia chama de utilidade, que será sempre definida pelo agente, no momento em que ele atribui valor a determinado bem ou situação jurídica, reforçando que o que pode ser considerado útil para determinado agente pode não ser para outro. Noutros termos: normalmente o emprego deste vocábulo denota a ideia de determinado recurso, para ser considerado útil, deve ser escasso, levando ao próximo conceito muito aplicado na economia, qual seja, a ideia de custo.

Para a AED o significado de custo se encontra muito mais ligado ao nível de restrição de uso acerca de um determinado recurso. Se inexistir qualquer tipo de restrição, então este custo será considerado como zero, não interessando sua análise para a Economia.

O custo de transação não é apenas o valor pago pelo bem ou serviço, no caso dos planos de saúde a mensalidade, mas sim todo e qualquer custo envolvido para que determinada transação seja efetivada.

---

<sup>139</sup> POSNER, Richard Alan. **Economic Analysis of Law**. 6a ed. Vol. 869. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 17.

O melhor exemplo são as operadoras de planos de saúde suplementar. Quando as mesmas realizam seus cálculos para estipular qual o valor a ser pago pelos beneficiários/beneficiário/usuários de seus serviços, elas embutem nesta valor o tempo e recursos humanos e financeiros despendidos com a análise de qual grupo de pessoas se busca realizar a transação, os valores despendidos com a contratação de advogados para redigir os contratos que serão assinados, bem como analisar as normas regulatórias inerentes ao setor, dentre outras providências.

Assim, de acordo com as lições de Bruno Meyerhof Salama<sup>140</sup> tais custos podem ser definidos como:

“(...) são os custos que cada indivíduo, firma ou organização incorre ao se relacionar com outros indivíduos, aí se incluindo os custos de procura de parceiros para negociar, os custos de negociação e os custos com a formação de acordos e monitoramento (inclusive judicial) dos intercâmbios após o acordo, e ainda os custos de oportunidade”.

Esta espécie de custo existe justamente pois as agentes racionais tomadores de decisão não dispõem de todas as informações necessárias no momento da decisão, gerando o que a AED denomina de “assimetria de informação”. Assim, quanto menor o custo de transação, o ambiente econômico pode ser considerado mais eficiente.

Uma das maneiras de se minimizar tal espécie de custos é justamente a adoção dos chamados contratos de adesão, que possuem cláusulas padrão e previamente estipuladas e, como consequência, acabam promovendo o aumento da celeridade das transações, com um número maior de negociações entre o beneficiários/beneficiário/usuários dos planos e as operadoras.

Com base nesta ferramenta específica da AED, torna-se possível visualizar, ainda que de maneira não muito precisa, descobrir qual o potencial que cada norma possui tanto para reduzir os custos de transação, quanto para aumentar os mesmos e, desta forma, isso permite que o julgador possa descobrir qual a melhor alternativa para solucionar determinada demanda ou, como preferem os economistas, qual a escolha feita por ele pode ser considerada economicamente mais eficiente.

---

<sup>140</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof (org). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.53.

Outro ponto estudado pela AED são as chamadas falhas de mercado, que podem ser conceituadas como determinadas circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços, o que geralmente leva as empresas, que tem como principal objetivo auferir lucros, maximizando a sua riqueza, a agirem de forma, de maneira a ignorar os custos e benefícios gerais. As principais falhas de mercado existentes são os monopólios naturais, a assimetria de informação, os bens públicos e as externalidades.

Para o presente estudo, a falha de mercado que mais nos interessa é a externalidade, sendo a mesma considerada como os custos ou benefícios que não são internalizados pelos indivíduos ou pelas organizações em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros. Assim, qualquer decisão tomada pelo agente racional, seja ela a elaboração de uma norma ou uma sentença judicial, necessariamente irá acarretar o surgimento de custos e benefícios ligados ao caso concreto.

Quando estes dois elementos incidem somente sobre o agente que tomou a decisão, são chamados de custos ou benefícios internos. Mas, se incidirem sobre terceiros, ainda que de forma parcial, geram o que a AED denomina de externalidades positivas ou negativas. Se trouxer somente benefícios será chamada de externalidade positiva. E se trouxer somente custos será denominada externalidade negativa. Noutros termos: a externalidade significa nada mais do que o impacto da decisão deste agente sobre um terceiro que não participou dessa ação.

Aliada a esta ideia de maximização racional das escolhas, Posner também ficou caracterizado, nesta primeira etapa de seu pensamento, por ser um consequencialista do ponto de vista jurídico. Com isso, o mesmo refuta todo tipo de possível contribuição da teoria moral na solução de casos difíceis o que, na maioria das vezes, cria algumas resistências na aplicação da teoria da AED no cenário jurídico brasileiro.

Seguindo esta linha de raciocínio, especificamente em relação aos magistrados incumbidos de decidir milhares de casos envolvendo a saúde suplementar, ele entende que, ao prolatarem suas decisões, os juízes devem sempre se ater, obrigatoriamente, a verificar quais as relações de custo-benefício de cada instituto jurídico envolvido em determinado caso concreto considerando, para tanto, quais os riscos envolvidos, as chamadas “externalidades”, a ideia central de

maximização da riqueza e, por último, a escassez do bem ou utilidade em discussão.

Com isso, ele passa a desacreditar na possibilidade de se encontrar uma solução correta para tais casos concretos no Direito, passando a entender serem passíveis de aplicação as decisões judiciais sempre fundamentadas em níveis de racionalidade controláveis, ou seja, a essência de qualquer decisão do magistrado passa a consistir em se levar em consideração as consequências da escolha de outras soluções alternativas previstas no ordenamento jurídico, tendo em vista que, de acordo com este seu ponto de vista, não existe uma interpretação absolutamente correta.

Anos depois o próprio autor reviu seu posicionamento, reajustando alguns pontos de sua teoria, movimento este que ficou conhecido como sua guinada pragmática. Com isso, passou a desconsiderar a ideia de eficiência de forma absoluta, passando a entender a mesma apenas como mais um fator a ser considerado pelos juízes quando proferem suas decisões a respeito de determinado caso, o que passou a permitir, sem dúvida, a possibilidade de que os mesmos pudessem buscar harmonizar as chamadas variáveis econômicas com os diferentes posicionamentos interpretativos derivados da aplicação da hermenêutica ao texto constitucional.

Complementando esta ideia de Posner, são usados pela AED basicamente dois tipos de análise de eficiência: a de Pareto e a de Kaldor-Hicks quu, regra geral, servem para que sejam analisados os custos e benefícios das políticas públicas.

Pareto estipula que uma determinada medida (elaboração de norma) é eficiente somente se puder melhorar o nível de bem-estar de um agente, sem piorar o nível de bem-estar de outros. Na saúde suplementar, se uma nova norma elaborada pela ANS puder gerar ganhos para um indivíduo/coletividade, sem que ninguém saia perdendo, esta norma/decisão há de ser considerada eficiente de acordo com a teoria do autor. Todavia, a adoção de tal referencial geral um problema de ordem prática: é muito difícil mensurar que uma determinada norma que tem como destinatárias milhares de pessoas, seja apta a fazer com que ninguém passe a ficar em uma situação menos vantajosa após a sua aplicação.

Exatamente por isso nos parece uma saída melhor a adoção da teoria de Kaldor-Hicks, entendendo que a solução é eficiente se produzir mais ganhos que custos, com uma espécie de compensação a ser paga posteriormente pelos



ganhadores aos perdedores. Como consequência, para que este critério seja válido, os ganhos obtidos pelos vitoriosos tem necessariamente que ser superiores às perdas sofridas pelos demais, sob pena de que reste inviabilizada esta compensação.

E justamente esta base do pensamento de Posner, em especial após a sua guinada pragmática, que serve como pano de fundo para que seja possível aprofundar os estudos envolvendo não somente a criação de políticas públicas existentes para o setor da saúde suplementar, atividade esta que, em tese, deveria ser exclusivamente realizada pelos poderes executivo e legislativo, mas também a análise do impacto econômico das decisões judiciais envolvendo tais questões de saúde, tendo em vista que, com a mora legislativa e a desorganização do executivo, muitas vezes, torna-se inevitável um papel de destaque na atuação do poder judiciário para tentar preencher as lacunas deixadas pelos poderes anteriormente citados, o que certamente não é a melhor opção a ser adotada.

E esta afirmação torna-se ainda mais relevante quando se está diante de questões envolvendo direitos fundamentais, como o direito à saúde, tendo em vista, especialmente, uma das principais características dos mesmos, qual seja, a sua historicidade.

Tal pensamento ou constatação, como se prefira, não é novo e consiste, basicamente, em entender que esta necessidade de se estudar racionalmente os diversos diplomas legais decorre, basicamente, da necessidade de se estudar o próprio contexto histórico dentro do qual determinada norma foi produzida, pois somente desta forma se torna possível captar o real sentido de determinado texto legal não somente quando o mesmo foi produzido, mas também no momento de sua aplicação ao caso concreto, dias ou anos após a sua promulgação e, para isto, é necessária a aplicação de métodos interdisciplinares envolvendo direito e economia pois, caso isso não seja feito, existe um grande risco de que se continue aplicando um comando legal com base num fundamento que já não existe mais, tendo em vista que só estava presente quando da criação da norma<sup>141</sup>.

Justamente com base nesta visão puramente consequencialista da primeira fase do pensamento de Posner foi criado um posicionamento de que a aplicação da AED no cenário jurídico brasileiro não seria possível.

---

<sup>141</sup> HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The Path of Law*. Harvard Law Review 457. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002373.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

Alguns rechaçam sua aplicação pelo fato de que a mesma teve a sua origem nos países integrantes do sistema jurídico da *common law*, fortemente impregnados pela ideologia capitalista americana. Assim, seus instrumentos não seriam suficientemente corretos para resolver questões jurídicas presentes em um país integrante do sistema escrito romano-germânico, dentre eles o Brasil<sup>142</sup>.

As principais críticas à aplicação da AED tem como fundamentos, dentre outros, os seguintes: a) a afirmação de que tal análise é por demais reducionista, no sentido de se analisar a relação da mesma com o caráter racional de seus agentes, que devem funcionar sempre como maximizadores racionais de utilidade; b) a existência de uma suposta inconveniência de se aplicar ao campo do Direito uma das diversas premissas já largamente utilizadas na Economia, em especial a ideia do utilitarismo, o que poderia vir a provocar algumas consequências práticas extravagantes quando da prolação das decisões judiciais, quando comparadas ao senso comum do direito; c) a ideia de que o direito seria incompatível com a utilização prática do chamado consequencialismo forte, defendido por Posner, pois este utiliza dentre outros fundamentos as noções de incerteza e infinitude, que supostamente não se coadunam com os objetivos da ciência jurídica<sup>143</sup>; e, d) o argumento defendido por alguns autores não simpáticos à recepção de tal teoria no Brasil, ao afirmarem que a AED na realidade ignora a injustiça dos resultados jurídicos a que poderia levar.

O primeiro argumento, de se considerar a análise reducionista, pode ser devidamente refutado, pois o que se deve considerar, quando da utilização do modelo de escolha racional por Posner, é que o mesmo considera esta racionalidade somente em relação aos instrumentos utilizados para interligar os meios utilizados pelo julgador aos fins desejados pelo mesmo.

A escolha propriamente feita pelo agente maximizador, necessária para se vislumbrar os custos relativos a uma determinada transação jurídica é feita de forma racional, levando-se em conta o significado comum desta palavra. E, além disso, estas questões envolvendo supostas decisões arbitrárias para o direito, são irrelevantes se analisadas sob seu aspecto econômico.

---

<sup>142</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Edições LTr, 2005, p. 91.

<sup>143</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SALDANHA, Fernanda Monteiro. **Por uma interpretação não utilitarista do Direito**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) (O) Outro (e) (o) Direito. vols. I, Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 52-113.

O que importa é que as ferramentas usadas para ligar os meios aos fins sejam escolhidas e aplicadas sempre de maneira racional. Isso porque o foco do estudo da Economia se encontra em buscar a análise sob um ponto de vista mais amplo, tentando identificar novas tendências mais gerais, sem se preocupar em promover uma análise detalhada do comportamento de cada indivíduo, levando em conta que eventuais desvios aleatórios do comportamento racional normal seriam anulados<sup>144</sup>.

Assim, eventuais alegações de que o agente econômico venha a tomar algumas decisões irracionais não anularia em nada a ideia da racionalidade da escolha, ainda que o *homo economicus* não consiga ser tão racional a ponto de atingir com plenitude a eficiência pretendida por Posner.

Isso porque não atingem o núcleo central da eficiência, pois sempre existirá uma variada gama de situações práticas nas quais, muitas vezes, o agente econômico envolvido na mesma acaba por tomar uma decisão “ineficiente”, o que não afasta, no entanto, a ideia do que seria eficiente para aquele determinado caso concreto.

Já no que se refere ao segundo argumento impeditivo da aplicação da AED no direito brasileiro, o mesmo também não merece prosperar. Isso porque este utilitarismo está ligado e é uma das premissas da economia, no sentido de que as pessoas respondem a incentivos. Assim, se ocorre uma determinada alteração de comportamento, e a mesma pode trazer mais benefícios do que custos, em um determinado cenário definido, as pessoas envolvidas na situação irão alterar seu comportamento, justamente para obter o benefício<sup>145</sup>.

Os críticos de Posner afirmam justamente que a utilização deste utilitarismo acabaria por permitir a confusão do que é bom com o que é útil, possibilitando a materialização das condutas humanas através de meros cálculos entre os prejuízos e os benefícios das ações humanas<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> POSNER, Richard Alan. **Economic Analysis of Law**. 6a ed. Vol. 869. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 18.

<sup>145</sup> Ibid., p. 3-4.

<sup>146</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SALDANHA, Fernanda Monteiro. **Por uma interpretação não utilitarista do Direito**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) (O) Outro (e) (o) Direito. vols. I, Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 52.

Assim, entendem ser plenamente aplicada a premissa de que jamais será possível saber quais as consequências reais de uma determinada ação humana<sup>147</sup>, ou seja, seria uma crítica a ideia de que o sistema funciona de forma matemática e automática, com uma engrenagem de relógio, atingindo muito mais os fundamentos da microeconomia utilizada por Posner do que propriamente a questão da causalidade.

De forma a refutar tal argumentação, faz-se necessária a precisa definição do significado de utilidade usado pelo autor em sua AED. Para a aplicação de tal análise a um determinado caso concreto, não existe a necessidade de que seja atribuída uma conceituação específica do que vem a ser a utilidade escolhida por determinado agente para definir a sua escolha maximizadora. Isso porque este conceito serve tão somente para que o economista possa analisar e identificar quais os eventuais incentivos que um agente tem para se comportar de alguma forma.

O que se quer dizer com isso é que o conceito de utilidade aplicado pela AED em nada tem a ver com a ideia de utilidade impregnada de sentido ético. Os fundamentos da AED de Posner são indubitavelmente consequencialistas, mas não precisam ser utilitaristas. Concordar com o uso do termo utilidade em seu sentido moral seria no mínimo estranho, tendo em vista que Posner é reconhecidamente um pensador que se opõe a referida ideia, pois de sua teoria denota-se que o mesmo é claramente um cético do ponto de vista moral e, ainda, que o mesmo se posiciona de forma antagônica à adoção do utilitarismo, tendo em vista que o mesmo entende que não há como sobrepujar nossas intuições morais mais arraigadas, atitude esta que seria no mínimo antipragmática.

Como se não bastasse, de maneira breve, a Economia não está preocupada com a elaboração de uma teoria que se preocupe em prever todos os fatos possíveis de acontecerem, tendo em vista que quando se traz a ideia de teoria, na verdade, o que importa é que seja possível a descrição de determinadas regularidades que se repetem para, aí sim, extrair das mesmas definições que permitam ao julgador ter uma certa dose de previsibilidade em suas condutas.

E é justamente quando se consegue reduzir à fórmulas determinadas condutas extraídas destas regularidades, passa a ser possível a aplicação das

---

<sup>147</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SALDANHA, Fernanda Monteiro. **Por uma interpretação não utilitarista do Direito**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) (O) Outro (e) (o) Direito. vols. I, Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 54.

mesmas na prática, para se buscar justamente esta dose maior de previsibilidade em determinada conduta humana, seja ela uma mera resposta a incentivos inseridos no sistema, seja por meio de uma decisão judicial.

Por fim, mas não menos importante, deve ser também devidamente refutado o argumento de que ao se aplicar a AED estar-se-ia, na realidade, promovendo a substituição da ideia de justiça pela de utilidade ou de eficiência.

Tal afirmação se baseia no fato de que em nenhum momento Posner prega tal substituição destes conceitos da forma supracitada, mas apenas entende que o ideal de justiça não cede seu lugar para outra noção, tendo em vista que ela não cabe no corpo teórico atual da microeconomia aplicada à AED. Um economista, quando analisa determinada situação, tenha qualquer tipo de preocupação relacionada com a análise e aplicabilidade dos valores do que vem a ser bom ou justo, por um motivo muito simples: o emprego de tais conceitos é um procedimento que cabe tão somente ao agente envolvido, ou seja, somente ele irá definir qual a utilidade a ser perseguida. E para tanto irá lançar mão das ferramentas fornecidas pela AED com o intuito de se atingir a eficiência econômica dos meios empregados para esse fim.

Todavia, quando se aplica a AED, há que se considerar que a mesma indubitavelmente possui o caráter prescritivo, com base principalmente na ideia de eficiência. Assim, ainda que de maneira indireta, a microeconomia irá servir para oferecer um instrumental teórico analítico para que seja possível se buscar uma previsão o mais aprimorada e aproximada possível de como pode ser a conduta dos agentes econômicos em sua função de maximizadores racionais de seus interesses. Isso irá possibilitar justamente uma melhor alocação dos recursos disponíveis, atingindo ou chegando o mais próximo possível da ideia de eficiência pregada por Posner.

Por outro lado, existem diversos autores que acolheram de forma integral a ideia de aplicação da AED no Brasil, principalmente pela possibilidade de que, pela aplicação da mesma em seu viés micro, seja possível a utilização de técnicas analíticas para avaliar as consequências de uma decisão judicial sob a perspectiva econômica.

Justamente por causa desta visão otimista que serviu de embasamento para a recepção da aplicação da AED no direito brasileiro é que foram promovidas algumas distorções na mesma, tomando por base a ideia pueril de que se utilizando

de tais instrumentais seria plenamente possível se chegar a uma aplicação muito mais objetiva do direito, substituindo a ideia vaga de justiça que todos os operadores do direito possuem, por algo muito mais racional e preciso do ponto de vista da eficiência econômica pura.

Com isso, o que se defende no presente trabalho é que, caso se abandone este discurso idealizado a respeito da AED, é plenamente possível a utilização da mesma para a resolução de uma grande gama de problemas jurídicos, dentre eles os que envolvem as decisões judiciais versando sobre os planos de saúde suplementar.

### **3.2- Análise econômica do impacto das decisões judiciais sobre os planos de saúde suplementares com base nas Resoluções do CNJ e nas alterações promovidas na LINDB**

Quando da exposição, ainda no capítulo 1, acerca da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário das questões envolvendo a saúde suplementar, restou constatada serem passíveis de controle os atos administrativos bem como as políticas públicas regulatórias envolvendo esta questão. Mais o que ainda não havia sido trabalhada era a questão do impacto provocado pelas decisões emanadas desta controle ou, como preferem alguns, desta judicialização.

O Estado brasileiro, com a promulgação da constituição federal de 1988, optou por buscar o modelo do bem estar social. Com isso, inevitavelmente ocorre um deslocamento, em maior ou menor grau, das chamadas competências decisórias entre poderes do Estado. Isso porque estes novos direitos, dentre eles o direito fundamental social à saúde, passam a se encontrar devidamente positivados no texto constitucional, o que tornou possível a ocorrência da judicialização, pois o papel de atuação inicialmente previsto para o Judiciário aumentou sensivelmente.

Com tais previsões constando no texto constitucional, a margem de discricionariedade que antes o legislador ordinário possuía acaba sendo reduzida, já que o mesmo não poderá mais se omitir em legislar no que se refere às questões envolvendo o direito à saúde, inclusive a saúde suplementar. E tal raciocínio se aplica de maneira idêntica ao Poder Executivo, caso este também se omita em seu dever constitucional.

Ao Judiciário só resta atuar no sentido de coibir esta inércia por parte dos outros poderes, o que não quer dizer que tal atuação ocorra sem causar impactos nos agentes envolvidos no processo, tendo em vista que muitas vezes tais decisões proferidas encontram-se despidas do consequencialismo econômico de Richard Posner.

Ao se deparar com tais questionamentos, os juízes recorrem, inicialmente, às regras gerais acerca da interpretação constitucional, provavelmente se questionando, dentre outras coisas, se aquela pessoa que recorreu ao Judiciário realmente possui o chamado direito fundamental social subjetivo a receber determinado tratamento ou medicamento por parte da operadora de saúde.

Também verifica se está devidamente investido de competência para solucionar tal omissão por parte da operadoras, caso opte por atender aos pleitos formulados pelo beneficiário/usuário em juízo, normalmente optando por decidir de forma individualizada em detrimento do coletivo.

O que geralmente tem ficado de fora de tal apreciação é justamente a análise e o cálculo de quais serão os possíveis impactos financeiros reais envolvidos na decisão, levando em consideração que, num primeiro momento, pelo menos teoricamente, as questões envolvendo fornecimento de medicamentos e a realização de procedimentos pelos planos de saúde já foram objeto de levantamento de dados, estudo, elaboração e implementação de políticas regulatórias pelo órgão responsável do setor, a ANS.

Esta ausência do consequencialismo na atuação dos magistrados tem sido criticada por alguns autores, que entende que este tecnicismo necessário para solucionar tais demandas deve ficar restrito à atuação dos membro do Poder Executivo, pois teoricamente os mesmos possuem todo o aparato necessário para a elaboração das políticas públicas de saúde, já que a elaboração das mesmas requer a realização de cálculos orçamentários, planejamento a longo prazo e comparações de resultados, algo muito mais complexo do que a satisfação de um direito no modo binário “obrigatório/não obrigatório”<sup>148</sup>.

Existem limitações técnicas conhecidas, que atingem o Poder Judiciário, quando o mesmo tem de tratar com o assunto da saúde suplementar, já que a

---

<sup>148</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico**. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213-242.

formação profissional dos magistrados obviamente não contempla aspectos essenciais da área da saúde e, ainda, estes mesmos juízes, quando se veem diante da necessidade de proferir uma decisão, muitas vezes não tem acesso aos recursos técnicos necessários para a elaboração de sua sentença<sup>149</sup>.

E, fechando esta mesma linha de raciocínio, os ensinamentos de Luís Roberto Barroso<sup>150</sup> ao afirmar que

“(...) a doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.”

Já antevendo tal necessidade, antes mesmo das novas disposições inseridas na LINDB, no ano de 2009, portanto pouco mais de 20 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu convocar uma Audiência Pública que tinha como objetivo único a discussão da questão envolvendo a judicialização da saúde, tendo como um dos pontos passíveis de análise verificar se esta forma de atuação do Judiciário deve ser utilizada em caráter excepcional ou como regra geral.

À época os principais debates promovidos em tal ato público foram direcionados mais claramente para os problemas já existentes envolvendo em grande parte a saúde pública (SUS). Todavia, de se destacar que os argumentos usados em tal ocasião podem ser perfeitamente adaptados as questões envolvendo a seara da saúde suplementar.

Constatou-se, na oportunidade, em termos de ações efetivas e seguras, que seria tecnicamente aceitável a judicialização de tais questões, quando restar constatado que está ocorrendo omissão de tecnologia já incorporada ao SUS, o que

---

<sup>149</sup> CARLINI, Angélica Lucía. **Judicialização da saúde pública no Brasil**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 18.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 230.



geraria uma falha do sistema<sup>151</sup>. Tal raciocínio é perfeitamente aplicável no caso da saúde suplementar, quando resta demonstrado que determinado tipo de tecnologia já foi devidamente incorporado e previsto no rol de cobertura das operadoras de planos de saúde.

De maneira contrária a possibilidade de se judicializar determinadas questões de saúde, também sob o ponto de vista de ações efetivas e seguras, podem ser citados diversos argumentos, tais como: decisões concedendo o acesso e uso de tecnologias ainda em fase experimental; a determinação judicial para que seja utilizado determinado medicamento sem registro na ANVISA; a autorização de uso de novos produtos que não apresentam, de forma inconteste, qualquer vantagens terapêuticas em relação aos que já existem no mercado, ou seja, medicamentos que possuem custo mais elevado; a falta de observância da existência de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas previamente estabelecidos pelo Ministério da Saúde<sup>152</sup>, dentre outros.

Todas estas constatações desfavoráveis a atuação do Judiciário nas questões de saúde ocorrem de forma patente atualmente, no que se refere à saúde suplementar, tendo em vista o alargamento, por vezes exacerbado, do rol de procedimentos e medicamentos que devem ser ofertados pelas operadoras de saúde, em consonância com as regras regulatórias de mercado já expedidas pelo órgão competente para tanto, a Agência Nacional de Saúde (ANS).

Por fim, no grupo dos argumentos que se referem ao papel do Judiciário frente a tal questão, estão a dificuldade dos juízes em decidir questões específicas da saúde, sem conhecimento técnico específico necessário; o fato de que, em grande parte, as tecnologias solicitadas não têm caráter de emergência, ou seja, com risco iminente à vida; e, os juízes não podem ser vistos como prescritores de medicamentos<sup>153</sup>. Novamente tais fatores podem ser perfeitamente inseridos no contexto da saúde suplementar.

---

<sup>151</sup> SOUZA, Camila Rufino. et al. **Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-11042014000100139](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042014000100139)>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

<sup>152</sup> SOUZA, Camila Rufino. et al. **Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-11042014000100139](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042014000100139)>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

<sup>153</sup> SOUZA, Camila Rufino. et al. **Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?** Disponível em:

Justamente pelos motivos anteriormente expostos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), preocupado com o aumento exacerbado das ações envolvendo a temática da saúde, fenômeno chamado por alguns de judicialização da saúde, editou e publicou, em 30 de março de 2010, a Recomendação nº 31, dirigida aos Tribunais, para que os mesmos passassem a adotar uma série de medidas que tinham por escopo promover uma maior eficiência da solução das questões envolvendo o direito à saúde<sup>154</sup>.

Um dos principais objetivos de tal medida era aumentar o número e a qualidade dos argumentos técnicos que passariam a ser disponibilizados ao magistrado, de forma que o mesmo pudesse amparar a sua fundamentação decisória com base em pareceres elaborados por profissionais da área de saúde. Neste primeiro momento, tal normativo se destinava tão somente as lides nas quais se discutia o fornecimento de medicamentos ou a realização de procedimentos em sede do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ainda no ano de 2010, o CNJ também elaborou outro ato normativo, desta vez uma Resolução, de número 107, que tinha como principal determinação a criação do Fórum Nacional do Judiciário, que serviria para monitorar as resoluções de demandas envolvendo o tema da saúde<sup>155</sup>.

Mais uma vez tal normatização foi feita de forma direcionada para as questões envolvendo o SUS, tendo como principais diretrizes a criação de um sistema específico para o monitoramento das ações judiciais propostas em face do SUS, nas quais se pleiteassem o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares.

Com base neste novo sistema de observação, tornar-se-ia possível propor e adotar medidas voltadas para a solução dos problemas concretos que apareciam rotineiramente nos referidos processos. Por fim, previa que este Fórum deveria ser

---

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-11042014000100139](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042014000100139)>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

<sup>154</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Recomendação nº 31, de 30 de mar. de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

<sup>155</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Resolução nº 107, de 06 de abr. de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

composto não somente por magistrados, mas também por especialistas com atuação na área de saúde, integrantes de universidades.

Já em 2011, o CNJ editou a Recomendação nº 36, versando especificamente sobre a necessidade premente da adoção das mesmas medidas anteriormente explicitadas, só que agora de forma totalmente direcionada às demandas judiciais ligadas à saúde suplementar<sup>156</sup>.

No bojo de tais ações a serem adotadas pelos Tribunais se encontravam, por exemplo, a possibilidade de que fossem celebrados convênios com o intuito de se ampliar o apoio técnico aos magistrados, com base em pareceres exarados por médicos e farmacêuticos, o que, certamente, passou a auxiliar os juízes na formação de seu livre convencimento no tocante as mais variadas questões clínicas apresentadas pelas partes.

Também restou prevista a possibilidade de que os juízes pudessem oficializar a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o Conselho Federal de Medicina (CFM), o Conselho Federal de Odontologia (CFO), especificamente no que se refere à questões de saúde que se encontrassem dentro das atribuições de cada órgão, envolvendo as obrigações regulamentares das operadoras no tocante ao fornecimento de medicamentos e na realização de tratamentos experimentais.

No ano de 2013, novamente o CNJ constatou a necessidade de normatizar questões envolvendo o direito à saúde e editou a Recomendação nº 43, que tinha como principal diretriz, a ser adotada pelos Tribunais, a promoção da especialização das varas que detivessem competência para julgar causas envolvendo a saúde pública e também a suplementar<sup>157</sup>.

Somente no ano de 2016, o CNJ editou a Resolução nº 238, que determinava, dentre outras coisas, sobre a necessidade de que fosse criado o Comitê Estadual da Saúde. Assim, cada Tribunal teve de criar, dentro de seu âmbito

---

<sup>156</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Recomendação nº 36, de 12 de jul. de 2011. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar.. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

<sup>157</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Recomendação nº 43, de 20 de ago. de 2013. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1234>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

de jurisdição, o referido órgão, cuja composição seria feita, de forma resumida, por magistrados, por gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), pelos demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC), bem como pelos integrantes do conselho estadual de saúde (tanto em relação aos beneficiários/beneficiário/usuários do SUS, quanto em relação aos beneficiário/usuário do sistema suplementar de saúde)<sup>158</sup>.

Tais comitês serviram como ponto de partida para a criação de um órgão mais específico, destinado a subsidiar da maneira mais técnica possível a atuação dos magistrados: os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS). Tais órgãos tinham em sua constituição profissionais das mais diversas áreas da saúde (médicos, enfermeiros, dentistas, etc.) que, dentre outras atribuições, elaboravam pareceres técnicos acerca dos casos que seriam julgados posteriormente pelos juízes.

Com base neste arcabouço normativo já existente, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE) firmou Termo de Cooperação Técnica com as Secretarias Estadual e Municipal de Saúde, dentre outros órgãos participantes, justamente para que se tornasse possível, num segundo momento, a criação do Núcleo de Assessoramento Técnico ao Judiciário para demandas de saúde (NAT/JUD), conforme previsto anteriormente pelo CNJ.

Desta forma, a composição, dinâmica e organograma de tal núcleo foi devidamente detalhada e regulamentada no final do ano de 2016, mais precisamente em dezembro, com a edição, pelo TJSE, da Resolução nº 31/2016, que versa sobre o regimento interno do NAT/JUD<sup>159</sup>.

Restou disposto que tal núcleo possui natureza consultiva, encontrando-se devidamente vinculado ao TJSE, e tendo como principal atribuição o assessoramento dos magistrados com o fornecimento de informações técnicas nas questões envolvendo o fornecimento de medicamentos, os casos de pedidos de

---

<sup>158</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Recomendação nº 238, de 06 de set. de 2016. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

<sup>159</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE)**. Resolução nº 31, de 19 de dez. de 2016. Homologa o Regimento Interno do Núcleo de Assessoramento Técnico ao Judiciário para demandas de saúde (NAT/JUD). Disponível em: <[http://www.tjse.jus.br/tjnet/publicacoes/visualizar\\_publicacao.wsp?tmp.idPublicacao=3023](http://www.tjse.jus.br/tjnet/publicacoes/visualizar_publicacao.wsp?tmp.idPublicacao=3023)>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

internações, de procedimentos cirúrgicos ou ambulatoriais, dentre outros, relativos ao SUS.

Assim, o NAT passou a ser composto por um médico (coordenador), por servidores da Secretaria de Estado da Saúde e da Secretaria Municipal da Saúde de Aracaju (sub-coordenadores) e por uma equipe multiprofissional da área de saúde (médicos, enfermeiros, farmacêuticos e assistentes administrativos).

Com isso, toda e qualquer ação distribuída e que verse sobre o direito a saúde, necessariamente deve ter uma cópia remetida pelo juiz ao NAT/JUD, onde conste a solicitação de emissão de parecer técnico pelos profissionais integrantes do núcleo destacando que, após a sua elaboração, o mesmo obrigatoriamente deverá estar subscrito por todos os integrantes da equipe multidisciplinar.

Com o intuito de disciplinar ao máximo a estrutura mínima de tal parecer, a referida resolução previu que o mesmo tem de ser composto pelas seguintes partes: relatório, análise e conclusão. Com isso, quando da elaboração de tal documento, os integrantes do NAT tem de obrigatoriamente analisar diversas questões, tais como: o conteúdo dos documentos médicos acostados ao processo em questão; a indicação das leis e políticas públicas servem de base para o acesso ao tratamento ou ao fornecimento do medicamento; os esclarecimentos técnicos relativos a possível utilização dos mesmos caso o pleito seja deferido; e, talvez o ponto mais importante, a conclusão imparcial que tais profissionais chegaram ao analisar todos os dados e fatores envolvidos, para que se torne possível a indicação da possibilidade de atendimento do pleito pela via administrativa, indicando, ainda, quais as alternativas terapêuticas existentes.

Desta forma, seguindo as referidas normatizações relativas ao assunto, o magistrado já se encontra devidamente subsidiado do ponto de vista técnico, porém sob um ponto de vista produzido exclusivamente por profissionais da área de saúde, ou seja, ainda se torna necessária a adoção de outros instrumentos, de natureza econômica, para que seja possível reduzir ainda mais os eventuais impactos econômicos advindos das decisões judiciais, o que somente se torna viável com a adoção da Análise Econômica do Direito (AED), conforme será explicado a seguir.

Finalmente, tentando preencher tal lacuna, em abril de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.655, que trouxe em seu texto inúmeras alterações ao Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em especial para introduzir dispositivos que buscassem trazer maior segurança jurídica e eficiência na

criação e na aplicação do direito público, com prazo de *vacatio legis* geral de cento e oitenta dias de sua publicação oficial.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é uma lei introdutória de todo o sistema jurídico positivo, tendo como função basilar regular a própria norma jurídica, abrangendo diversos aspectos, tais como: vigência, obrigatoriedade, interpretação, integração, aplicação no tempo e no espaço, bem como as regras relativas ao Direito Internacional Privado<sup>160</sup>.

Tal entendimento, do ponto de vista estritamente técnico, significa que a função da LINDB não seria regular, de forma direta, as relações meramente sociais, mas sim servir como diretriz para a interpretação ou aplicação de normas, ao determinar, por exemplo, questões atinentes a sua vigência e a sua eficácia, bem como quais a sua importância na resolução de eventuais conflitos entre a norma brasileira e diplomas legais dos demais ordenamentos jurídicos internacionais, ou seja, se aplica não somente ao direito civil, mas também na seara do direito público<sup>161</sup>.

No entanto, indiretamente, as alterações de cunho interpretativo/aplicativo introduzidas na LINDB irão sim afetar diversas relações jurídicas celebradas pelas partes, em especial as que versam sobre os contratos de planos de saúde suplementar.

Feitas estas considerações iniciais, em nenhum ponto da referida lei foi tratada, de forma expressa, quais os instrumentos da AED seriam utilizados e se a metodologia interpretativa seria somente jurídica ou também com enfoque na economia. O que fica clara é a opção legislativa com a nova redação dada aos artigos 20 e seguintes, de que podem sim ser utilizados princípios, instrumentos e metodologias oriundos da AED, ainda que de maneira implícita.

Deve ser buscada não somente a interpretação literal da lei, mas também o seu espírito, que se traduz por uma preocupação genuína do legislador em primar pela efetividade e eficiência do Direito, não somente em sua produção legislativa (origem), mas também em sua concretização, mediante julgamentos envolvendo casos concretos (aplicação).

---

<sup>160</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

<sup>161</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Parte Geral. V. 1, 14ª Ed. – rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

A intenção nos parece que jamais foi a de desprezar os fundamentos do Direito ou, muito menos, submeter os dogmas jurídicos aos dogmas econômicos. O que se quis foi tão somente colocar à disposição dos juízes mais um elemento hermenêutico para lhes auxiliar na tomada de decisões tão difíceis. Também não nos parece se o objetivo de tais modificações adotar, de forma cega, o que é chamado na AED de consequencialismo.

Na realidade é a constatação da necessidade de que as decisões sejam tomadas sob um ponto de vista holístico, obrigando o julgador a realizar uma análise mais ampla das questões, com foco nas consequências destas decisões o que, até então, não se encontrava positivado e, muitas vezes, não vinha sendo feito. Isso porque, regra geral, o juiz está preparado para realizar o que alguns chama de microjustiça, aquela voltada somente para o caso concreto que é levado ao conhecimento do magistrado, sem necessariamente se atentando para os efeitos que todo um determinado mercado poderá sofrer com tal decisão.

Neste ponto merecem ser transcritas as palavras de Luís Roberto Barroso<sup>162</sup> no que se refere à questão da saúde pública, mas que servem perfeitamente ao objeto do presente estudo:

“(...) ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.”

Isso não significa que o julgador possui liberdade total para ignorar o texto legal em favor do que alguns chamam de ativismo econômico pois, caso assim fosse, o próprio julgador estaria descumprindo a lei. Não nos parece que foram afastadas a utilização e aplicação ao caso concreto dos princípios e valores jurídicos, mas sim que a partir da entrada em vigor das novas disposições da LINDB, os magistrados passem a considerar as consequências práticas de suas decisões, já inseridas também as questões comportamentais inerentes ao tema da saúde suplementar.

---

<sup>162</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 230.

A AED é um método de se analisar o Direito utilizando para tanto, determinados mecanismos da Economia, com destaque para os fornecidos pela microeconomia. Com base nestes instrumentos torna-se possível analisar e descrever com razoável precisão comportamento dos juízes, responsáveis por tomar decisões tão difíceis envolvendo o direito à saúde o que, na maioria dos casos, envolve diretamente o próprio direito à vida.

É possível identificar uma linha de pensamento comum entre os diversos doutrinadores que escrevem e pensam este assunto, como a ideia da existência do agente racional e de consequencialismo.

O agente racional faz determinadas escolhas diante de uma norma jurídica, raciocinando com base na precificação de sua conduta em relação a outra parte envolvida. Com base nisso, este agente passa a colocar em ordem de prioridade as suas preferências, normalmente buscando evitar condutas mais custosas, de maneira pragmática. Superada, portanto, a ideia inicialmente formulada por Posner, de que a eficiência pura, que devia ser considerada como um valor supremo e único, no momento em que tal agente fosse alocar os recursos disponíveis da maneira mais otimizada possível.

Este pensamento acerca da racionalidade já se encontra presente em várias situações que ocorrem rotineiramente em nosso ordenamento jurídico. Como exemplo desta racionalidade, se destacam as questões envolvendo a responsabilidade civil, tendo em vista que, quando uma pessoa celebra determinado contrato com outra parte, como é o caso dos contratos de planos de saúde, é possível presumir que a mesma agiu de forma racional, tornando-a capaz de tomar aquela respectiva decisão e, em caso de descumprimento do contratualmente previsto, responder pela mesma.

Outro ponto comum presente nas diversas escolas da AED é o consequencialismo, que se traduz pela necessidade de levar em consideração os possíveis efeitos (consequências) dos atos decisórios, com base no fato de que o agente racional, no caso o juiz, consegue sim tomar decisões consequencialista.

Também não merecem prosperar as críticas feitas pelos defensores da chamada filosofia moral Kantiana, que criticam esta ideia da AED, chamando a mesma de “raciocínio utilitarista”. Isso porque, este mesmo consequencialismo que é criticado, também já se encontra presente no ordenamento pátrio, não somente na nova redação dada aos dispositivos da LINDB (artigos 20 e 21), mas também por



diversos princípios processuais já devidamente aceitos e consagrados em nosso ordenamento.

É assim com o ato de decretação de uma nulidade, oportunidade na qual o juiz deve tratar de todas as consequências de tal decisão, conforme previsto nos artigos 281, 282 e 283, todos do novo CPC. Ou, ainda, quando da concessão de uma medida cautelar, em que se ponderam os danos da concessão ou não de uma decisão liminar para cada uma das partes envolvidas (autor e réu).

Feitas estas considerações, no artigo 20 da referida Lei existe a disposição de que, tanto na esfera administrativa, quando na judicial, passam a ser vedadas decisões calcadas tão somente nos chamados valores jurídicos abstratos, despidas de qualquer análise acerca de quais serão os reais impactos daquela decisão para as partes envolvidas.

E, logo a seguir, no artigo 21, existe a previsão de que qualquer decisão que decretar a invalidação de ato ou norma administrativa, deverá expressamente indicar quais as suas respectivas consequências jurídicas e administrativas, informando ainda quais as condições necessárias para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, evitando que as partes envolvidas na questão sofram perdas excessivas.

De forma diferente dos autores que criticam tal redação, é possível perceber que em nenhum está sendo afastada a utilização dos princípios gerais do direito para a solução das questões envolvendo a saúde suplementar, muito pelo contrário, a ideia, defendida pelos próprios autores da norma, era a de evitar um grande número de interpretações diferenciadas e, como consequência, decisões divergentes.

O que se busca em tal dispositivo é apenas vedar eventuais decisões meramente principiológicas, por vezes desprovidas de uma análise mais detida dos fatos e dos documentos contidos no processo e das consequências que serão provocada por uma decisão desprovida desse consequencialismo<sup>163</sup>.

Em nenhum momento isso significa dizer que passou a ser exigido dos juízes um conhecimento extraprocessual, do que ainda não foi incorporado aos autos, mas sim que os juízes, ao proferirem suas decisões, utilizem além dos demais

---

<sup>163</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; et. Ali. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017, p. 4. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

instrumentos já previstos e utilizados em nosso ordenamento, a análise das consequências práticas de suas decisões.

Pela leitura da justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, elaborada pelo Senador Antônio Anastasia<sup>164</sup>, que posteriormente originou a lei que introduziu as referidas mudanças na LINDB, estas ideias ficam claras:

“(…) Em razão disso, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto elaboraram projeto de lei, que ora é acolhido, fruto de projetos de pesquisa mais amplos desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. O resultado desse trabalho foi publicado na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, pela Editora Malheiros, ano 2013.

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal.

(…)

Conforme esclareceram os referidos professores, o projeto em apreço propõe medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública. São eles:

- O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle.
- Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); (…)

Numa leitura mais atenta do parágrafo único de tal dispositivo, é possível perceber que também existe a menção implícita para que seja utilizado outro princípio amplamente aceito em nosso sistema jurídico, o princípio da proporcionalidade, que exige que o julgador comprove que a utilização daquela medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Em relação a questão da motivação dos atos administrativos (dentre eles as decisões judiciais) de se destacar os ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior<sup>165</sup> ao sustentar que:

---

<sup>164</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1543020954210&disposition=inline>>. Acesso em 10 dez. 2018

“No Estado Democrático de Direito não se concebe ato administrativo sem motivação. A exigência de motivação está expressa na Constituição Federal de 1988 para as decisões judiciais e administrativas do Poder Judiciário, em razão do exposto no art. 93, incisos IX e X, respectivamente.

Lado outro, a Lei federal nº 9.784/99 abrigou de forma expressa o princípio da motivação no seu art. 2º, caput, como princípio da Administração Pública, prevendo ainda no art. 50 que a motivação dos atos administrativo, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, sendo exigida tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários. Em certos atos vinculados a simples menção do fato e da regra de Direito a ser aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação, uma vez que nos atos vinculados os motivos já vêm expressados na lei, de modo que aplicação desta é quase automática. Nos atos discricionários, antes os quais a Administração goza de relativa liberdade de escolha quantos aos motivos, apesar desta envolver mérito administrativo, haverá, com maior razão ainda, necessidade de motivação”.

Com isso o princípio da motivação e da consequência do ato administrativo, presentes noutros diplomas legais, também deve estar presente nas decisões proferidas pelo Judiciário, acrescentando somente a questão das consequências práticas da decisão.

Ainda em relação ao dispositivo em estudo, existem alguns entendimentos de que o mesmo serviu para positivar o chamado pensamento jurídico do possível, ou seja, é o pensamento em alternativas, que se encontra aberto para outras possibilidades, contemplando tanto a realidade quanto a necessidade, sem se deixar dominar por elas, pois a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor<sup>165</sup>.

Assim, existem entendimentos no sentido de se considerar que o pragmatismo jurídico foi recepcionado pelo direito brasileiro, ainda que de maneira relativa, conforme se depreende das palavras de Rafael Oliveira<sup>167</sup>

“(...) o pragmatismo jurídico, apresenta, ao menos, três características básicas: (i) o antifundacionalismo, de acordo com o qual se rejeita a

---

<sup>165</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 923.

<sup>166</sup> BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas. **Pensamento jurídico do possível utilizado como ferramenta legitimadora do ativismo judicial do STF após a Emenda Constitucional n. 45/04**. Revista Eletrônica Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 1, 2008. PUC-Rio, p. 11-12.

<sup>167</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais**: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 11, out./dez. 2012.

existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o contextualismo, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o consequentialismo, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro, e não para o passado)”.

Os referidos artigo da LINDB servem para que os juízes possam mensurar quais os impactos reais de suas decisões, pois é de conhecimento pacífico que os efeitos das mesmas não se findam no plano teórico das ideias elencadas na fundamentação da decisão, mas certamente seus efeitos se protraem para o mundo real vivenciado pelas partes<sup>168</sup>. Noutros termos: significa dizer que esta análise consequentialista feita por parte do julgador passa a fazer parte das razões de decidir.

E a necessidade desta providência por parte dos juízes se justifica, nas palavras de Guilherme Valdetaro Mathias<sup>169</sup>, pelo

“(...) crescimento significativo do volume de ações judiciais, individuais e coletivas, contadas, hoje, aos milhares, avulta a influência do Poder Judiciário no Sistema de Saúde Suplementar. Não é ocioso lembrar que algumas decisões judiciais, criadoras de direitos novos, nem sempre amparados no ordenamento jurídico, são capazes de alterar significativamente o mercado específico, gerando graves prejuízos para algumas operadoras individualmente consideradas e para o mercado como um todo, o que acaba por afetar o próprio beneficiário/usuário.”

Este consequentialismo, ainda que não previsto expressamente, se alinha com as teorias utilizadas pela AED, pois a mesma entende que a economia e em especial a microeconomia, pode ser utilizada sim para resolver problemas legais, sendo as normas jurídicas eficientes quando são formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas<sup>170</sup>.

Justamente neste ponto podem ser utilizadas as ideias da análise econômica, tendo em vista que a mesma nos fornece uma teoria comportamental, no momento em que são aplicadas, a determinado fenômeno ou situação jurídica, instrumentos analíticos capazes de se conseguir mensurar e prever, minimamente,

---

<sup>168</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; et. Ali. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**, p. 4. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019..

<sup>169</sup>MATHIAS, Guilherme Valdetaro. **O Código Civil e o Código do Consumidor na saúde suplementar**. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 98.

<sup>170</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014, p. 31.

possíveis consequências futuras nas relações estabelecidas entre os beneficiários/usuários e as operadoras de planos de saúde, tais como a teoria da escolha racional e de que a todo direito sempre irá corresponder um determinado custo econômico<sup>171</sup>.

Outro artigo que pode ser citado é o artigo 22, que dispõe sobre os casos nos quais o julgador se deparar com questões de interpretação de normas sobre gestão pública, nelas incluídas as políticas públicas de saúde, o mesmo deve considerar quais as eventuais dificuldades reais que serão enfrentadas pelo gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Os críticos de tal dispositivo afirmar que o mesmo serviria para promover um casuísmo na interpretação da norma, tendo em vista que a mesma poderia ser amoldada a cada caso concreto que fosse sendo julgado, de acordo com a realidade vivenciada por diferentes gestores públicos de diversos níveis da administração pública. Todavia, também nos parece exagerada tal afirmação já que, segundo os próprios responsáveis pela elaboração do texto da lei, o que se busca com a redação deste artigo é algo totalmente diverso.

O escopo do dispositivo é justamente levar em consideração que as decisões judiciais referentes a normas de a gestão pública ou normas regulatórias voltadas para a questão da saúde suplementar, objeto do presente estudo, não podem ficar adstritas tão somente a um mundo do dever ser, mas sim levar em consideração, novamente, quais os resultados efetivos e concretos esperados daquela decisão, que sejam aptos a solucionar da maneira mais eficiente possível determinada demanda real.

E, ainda, se preocupa em deixar claro que as realidades vivenciadas por cada gestor são diferentes, que não devem ser ignoradas, sob pena de que a decisão tomada seja inócua do ponto de vista de seus efeitos ou, ainda, que as consequências da mesma sejam prejudiciais demais ao sistema, ao invés de convergirem para atender às demandas do mesmo<sup>172</sup>. Dispõe ainda sobre quais os fatores devem ser levados em consideração pelo julgador, tais como os obstáculos e

---

<sup>171</sup> CARVALHO, Cristiano. **A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/columa-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em 13 dez. 2018.

<sup>172</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; et. Ali. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**, p. 8. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

a realidade fática do gestor, quais as políticas públicas acaso existentes e qual o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere<sup>173</sup>.

O que não pode ser aceito, e aí possuem fundamento as críticas tecidas, é que os gestores passem a se valer das questões reais previstas no *caput* do artigo em comento para afastar a aplicação do direito. Com isso, caso se trate de uma situação que causa dificuldade a atuação do mesmo, mas que poderia ter sido prevista facilmente de forma prévia, essa não poderia ser utilizada como uma forma para o mesmo se eximir das obrigações e responsabilidades inerentes ao cargo de gestão que o mesmo ocupa.

O juiz passa a analisar questões que vem sendo desconsideradas nos últimos anos, tais como a atuação por vezes omissiva das entidades oficiais envolvida no setor (Anvisa, ANS, etc.), a atuação dos laboratórios, que muitas vezes realizam práticas desleais, deixando o mercado desabastecido de determinados medicamentos, dentre outras.

Outro ponto que merece uma análise mais detida é o artigo 23. Nele existem previsões acerca de eventuais mudança de interpretação normativa, da necessidade de implantação de um regime de transição quando isso ocorrer e de se firmar um termo de compromisso para o ajustamento da conduta.

Desta forma, quando houver mudança de interpretação do julgador que sirva para instituir nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado e, ainda, que isso resulte em novo dever ou condicionamento de direito aos envolvidos, deve ser necessariamente estabelecido o regime de transição para o seu cumprimento, tendo em vista que o que se pretende com tal previsão é justamente o devido respeito à segurança jurídica.

Referido princípio encontra-se previsto de forma implícita na Constituição, sendo devidamente positivado pela Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal) que, em seu artigo 2º, que a interpretação das normas deve ser feita sempre de modo a observar o fim público almejado em determinado caso concreto,

---

<sup>173</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; et. Ali. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**, p. 8. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

sendo proibida a chamada aplicação retroativa de novas interpretações sobre assuntos já consolidados.

Tal raciocínio também foi incorporado na lei que alterou a LINDB, em seu artigo 24, só que mais precisamente, já que que determina que a revisão de qualquer ato administrativo cuja produção de efeitos já tiver se completado, deverá levar em consideração as orientações gerais da época, sendo proibida mudança posterior de tal orientação para se declarar inválida situação já constituída.

É lógico que o Poder Judiciário pode alterar seu entendimento sobre determinado tema jurídico com o passar dos anos, pelo surgimento de novas demandas e de novos pontos de vista. O que se busca proteger são justamente as relações jurídicas que já existiam antes desta mudança e que devem ser preservadas, ainda que tenham de se adequar a este novo posicionamento jurisprudencial. Eis a importância de se estabelecer então o citado regime jurídico de transição, para que as partes envolvidas disponham do tempo necessário para se ajustar as novas diretrizes, com base nos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com as ideias já consolidadas quando se trata da modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade<sup>174</sup>.

De se destacar que atualmente esta teoria da modulação dos efeitos já não se aplica restritivamente aos casos previstos na Lei nº 9.868/99 (que versa sobre a declaração de inconstitucionalidade), mas também quando ocorrer a alteração de interpretação do STF sobre determinada matéria, conforme se depreende do seguinte trecho do voto proferido no julgamento do MS 26.604/DF.

Todavia, com a entrada em vigo do novo CPC, os fundamentos gerais desta decisão foram positivados, conforme se depreende do disposto no § 3º do artigo 927, que prevê, resumidamente, que na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

As alterações promovidas na LINDB, apesar de não estarem previstas de forma explícita em sua maioria, contém claramente o instrumental previsto pela AED,

---

<sup>174</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; et. Ali. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**, p. 12. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

são plenamente passíveis de utilização pelos juízes, de maneira a se promover a necessária aproximação entre o Direito e a Economia, notadamente em um cenário de saúde com recursos (financeiros e humanos) cada vez mais escassos, permeado e influenciado constantemente pela assimetria de informações contidas em determinado processo judicial e pelas externalidades que acabam atingindo as partes envolvidas na questão.

Todavia, referida questão ainda é muito polêmica e provoca certa resistência na aplicação dos mecanismos da AED de acordo com a LINDB, justamente por se tratar de um assunto muito sensível, por envolver, em grande parte das vezes, riscos à saúde e em muitos casos a própria vida do paciente, ora demandante, sem falar na posição delicada na qual se encontra o julgador.

Tal colocação é pertinente pois, conforme exposto, com base nos novos dispositivos inseridos na LINDB, o responsável pela tomada da decisão passa a ter fundamentos, ainda que não sejam simpáticos à maioria das pessoas, para negar o pedido de fornecimento de determinado medicamento para um paciente pois, ao analisar as consequências práticas do que irá decidir, percebe que o remédio possui um custo alto demais para ser suportado pela operadora de plano de saúde. Assim, caso o pleito seja deferido, pode causar um efeito cascata para os demais beneficiários/usuários do plano, como o aumento das mensalidades, pois a operadora certamente já havia alocado previamente, de acordo com as regras regulatórias elaboradas pela ANS, quais os recursos estariam disponíveis para o tratamento de determinada enfermidade.

Assim, com base em pesquisas realizadas, é possível a constatação de que são concedidos mais remédios novos não autorizados pelo Executivo, ou não indicados para o problema do paciente, do que remédios já incluídos nas listas do Poder Público<sup>175</sup>. Ainda no campo da saúde pública, por exemplo, existem pesquisas comprovando que o Judiciário, ao proferir decisões envolvendo esta temática, acaba por conceder aos beneficiários/usuários uma quantidade maior de remédios caros do que de baixo custo, como ocorreu no ano de 2011, quando os 20 mais caros remédios que foram pedidos apenas por 0,05% dos litigantes

---

<sup>175</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Courts as Healthcare Policy-Makers**. The problem, the responses to the problem and problems in the responses. Direito GV Research Paper Series n. 75, 2013. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS\\_75\\_final.pdf;sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf;sequence=1)>. Acesso em: 23 mai. 2018, p. 10-12.



correspondiam a 78% do gasto do Ministério da Saúde para atender ordens judiciais<sup>176</sup>.

O mais grave é que os dados anteriormente expostos foram oriundos, em sua maioria esmagadora, de decisões proferidas em processos judiciais movidos de forma individual, e não capitaneados de forma coletiva pelos órgãos institucionalmente detentores de tais competências, como o Ministério Público. Isso porque se os juízes resolverem estender tais benefícios não somente para os demandantes, mas sim para todos os beneficiários/usuários dos planos de saúde suplementar que se encontram no mesmo tipo de problema, qual será a consequência para as operadoras privadas? Provavelmente algo muito próximo de um colapso na prestação de seus serviços, causando consequências catastróficas para todos os demais beneficiários/usuários do sistema. Não seria melhor se o Estado e as operadoras passassem a investir maiores recursos financeiros em campanhas de prevenção, que além de possuírem uma abrangência maior, ainda são muito menos onerosas para os atores envolvidos neste setor de saúde?

Portanto, o ponto de vista mais importante que deve sempre ser ponderado quando da análise de tais impactos, é justamente a exigência de uma fundamentação judicial concreta que deve levar em consideração não o estado da pessoa desamparada, mas sim a racionalidade do processo decisório, pautado ainda esta judicialização pela exigência de fundamentações específicas, respeitando padrões decisórios preestabelecidos<sup>177</sup>.

### **3.3- Estudo de *hard cases* envolvendo a saúde suplementar e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)**

#### **3.3.1 – O recente julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 1931 pelo Supremo Tribunal Federal (STF)**

Tendo em vista o recente julgamento realizado pelo plenário do STF, em 07/02/2018, quando adentrou no mérito da ADI 1.931 que questionava, em resumo,

---

<sup>176</sup> Ibid., p. 27.

<sup>177</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**. Direito à saúde, fornecimento gratuito de remédios e parâmetros para a atuação judicial. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Org.). Constituição e efetividade constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 221-249.

diversos dispositivos constantes da Lei nº 9.656/1998 que versa sobre os planos de saúde, conhecida pelos estudiosos do assunto com marco regulatório da saúde suplementar, conforme visto anteriormente, passa a ser necessária uma contextualização desta mudança de posicionamento judicial acerca do tema, pois isto condicionou diversos julgamentos recentes do STJ, que mudou alguns de seus posicionamentos anteriores à decisão do STF.

Assim, a liminar concedida parcialmente em face da autora, Confederação Nacional de Saúde - Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), em 21/08/2013, também restou confirmada em parte quando do julgamento do mérito do referido processo.

Talvez o tema mais polêmico tenha sido o que versava sobre o direito adquirido, assunto previsto no artigo 10, parágrafo 2º e o artigo 35-E da Lei 9.656/1998, tendo o Tribunal acatado o pedido formulado na inicial, para declarar inconstitucional a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/1998.

Em seu voto o ministro Marco Aurélio entendeu pela inconstitucionalidade de tal artigo, tendo em vista que o mesmo inovou ao prever regras totalmente diferentes daqueles inicialmente pactuadas pelos contratantes, antes da entrada da referida norma maculando, desta forma, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, ambos previstos na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXVI.

Outro ponto a se destacar no referido voto é a menção a necessidade de respeito à segurança jurídica, considerando que o mesmo não autoriza que o legislador promova o afastamento de ato jurídico perfeito de determinado caso concreto, mediante aplicação de lei nova. Isso porque, apesar da lei impor a presença de certas cláusulas de forma obrigatória, a partir do momento em que as mesmas são colocadas no contrato, elas passam a fazer parte do mesmo, como consequência da vontade das partes contratantes, inclusive o beneficiário/usuário e assim, como corolário lógico, o contrato assinado passa a ser considerado ato jurídico perfeito, o que protege seus efeitos futuros de eventuais mudanças legislativas.

Foram julgados constitucionais outros dispositivos questionados pela parte autora, dentre os quais os artigos 10, 11 e 12 da Lei 9.656/1998, que estabelecem parâmetros para a atuação do particular no mercado de planos de saúde.

O artigo 10 da referida norma traz disposições acerca do plano de referência de assistência à saúde, no tocante as questões inerentes à cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, que compreende os partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar. Isso tudo de acordo com o rol de doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), elaborada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e, ainda, de acordo com o artigo 12 da norma em comento. Por fim, traz diversos procedimentos excluídos desta cobertura necessária, tais como: a) tratamento clínico ou cirúrgico experimental; b) procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; e, c) fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, dentre outros.

O referido julgador entendeu que, neste caso, o legislador atuou de forma devida, com o intuito de assegurar que a prestação destes serviços aos beneficiários/usuários transcorresse de forma idônea, levando em consideração que foram excluídos da cobertura, os medicamentos não nacionalizados, bem como tratamentos experimentais e aqueles com finalidade estética, dentre outros.

Com isso, o objetivo é justamente evitar que seja imposto às operadoras um ônus excessivo na prestação de tais serviços. Também ponderou que foram inclusos no novo texto legal diversos aspectos inerentes aos atendimentos ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico, os quais, caso não fossem adicionados na nova redação do texto legal, acabariam impondo onerosidade excessiva para outro lado da relação contratual, qual seja, os beneficiários/usuários dos planos.

O argumento citado como fonte para tal decisão foi baseado nas disposições contidas no artigo 197 da Constituição Federal, que autoriza que os serviços de saúde sejam prestados pela iniciativa privada, mas sempre de acordo com a regulamentação, controle e fiscalização do Poder Público. E justamente por isso o legislador infraconstitucional editou os referidos dispositivos, para que os mesmos passassem a conter parâmetros mais objetivos para a prestação dos serviços.

O relator também entendeu na oportunidade que a discussão estava ligada a razoabilidade, tendo em vista a colisão de dois valores constitucionais relevantes, quais sejam, a livre iniciativa e o direito à saúde, tendo como pano de fundo a regulação do setor pelo Poder Público, no caso a ANS.

Asseverou que os conceitos inerentes à saúde previstos na Constituição de 1988 são de conteúdo aberto, o que permite que sejam dadas múltiplas interpretações, somente se perfazendo diante de determinado caso concreto, não significando que os mesmos são inteiramente subjetivos, tendo em vista que o intérprete deve atentar para uma abordagem sob o ponto de vista conceitual, levando em consideração sempre a questão do princípio da separação de Poderes, além da necessidade de reconhecimento de um espaço legítimo de interpretação constitucional aos demais agentes políticos de cúpula do Estado<sup>178</sup>.

A intervenção estatal se encontra devidamente limitada, de acordo com as disposições contidas na Carta Magna, devendo ser levado em consideração que inexistente direito fundamental absoluto. O papel da Suprema Corte assim se revela com a colisão dos referidos princípios constitucionais, prezando sempre por harmonizar os mesmos o que, no caso concreto, foi feito pelo legislador, quando optou por promover restrições na liberdade de contratação, sem macular o devido processo legal substantivo, sendo proporcional tal ato normativo, de maneira a atingir o objetivo maior do Estado, qual seja, o de proporcionar vida social segura e com o mínimo de conforto suficiente para a satisfação da dignidade da pessoa humana<sup>179</sup>.

No tocante ao disposto no artigo 11, existe a vedação da possibilidade de que seja indevidamente excluída da cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos e serviços, de acordo com o prazo previsto no mesmo, sendo atribuído às operadoras o ônus da prova de demonstrar que o beneficiário/usuário tinha conhecimento prévio da existência da doença. Complementando este dispositivo, existe o artigo 12, que elenca quais as exigências mínimas da cobertura dos serviços prestados pelas operadoras.

---

<sup>178</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.931. Requerente: Confederação Nacional De Saúde - Hospitais Estabelecimentos E Serviços (CNS). Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. p.32. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. Acesso em: 17 de setembro 2018.

<sup>179</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.931. Requerente: Confederação Nacional De Saúde - Hospitais Estabelecimentos E Serviços (CNS). Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. p.32-34. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. Acesso em: 17 de setembro 2018..

O objetivo a ser alcançado com a aplicação deste dispositivo é evitar atitudes arbitrárias por parte das operadoras, de forma a proteger o beneficiário/usuário que estiver acometido por doença grave posteriormente à celebração do contrato, destacando, ainda, que não há que se perquirir sobre eventual prejuízo as empresas, tendo em vista a Resolução Normativa nº 162/2007, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que regulamenta o artigo em análise, deixando a critério de tais empresas a possibilidade de realização de exame clínico-laboratorial prévio à contratação, inclusive com eventual rescisão contratual, caso reste devidamente comprovada a atitude fraudosa por parte do beneficiário/usuário<sup>180</sup>.

Encerrando o raciocínio elaborado em relação ao referido dispositivo, o relator Min. Marco Aurélio<sup>181</sup> afirma que:

“Também surge impertinente atribuir ao diploma a pecha de desproporcional por obrigar o plano de saúde a cobrir, sem limitação, a quantidade de exames e internações estipulada pelo médico responsável. A observância do que determinado pela autoridade clínica consiste em pressuposto mínimo de qualidade do serviço prestado. Descabe articular com a extravagância, presumindo fraudes na atuação de profissionais da saúde. Eventuais ilícitos praticados devem ser repreendidos na seara apropriada, sem constituírem regra geral, tampouco justificativa para prestação inadequada de serviços.”

No que se refere a outro ponto delicado do marco regulatório questionado pela autora, a saúde dos idosos, também foi considerado constitucional o artigo 15, parágrafo único da Lei 9.656/1998, que proíbe a chamada variação da contraprestação pecuniária relativamente a consumidores com mais de 60 anos de idade. O fundamento, segundo o referido julgador, foi a opção constitucional pela proteção de diversos princípios constitucionais dispondo sobre a necessidade de que seja dado tratamento digno aos grupos vulneráveis, dentre eles os idosos, conforme dispõe o artigo 230 da Carta Maior. Neste ponto, restou afastada a alegação de que haveria ocorrido ofensa ao devido processo legal substantivo.

---

<sup>180</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.931. Requerente: Confederação Nacional De Saúde - Hospitais Estabelecimentos E Serviços (CNS). Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. p. 35. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. Acesso em: 17 de setembro 2018.

<sup>181</sup> Ibid., p. 35.

Cita também de forma específica o artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso -, ressaltando que esta norma também se preocupou em criar medidas protetivas para o idoso, gerando uma limitação da livre iniciativa em favor do mesmo, por meio da garantia de acesso universal e igualitário ao SUS, sendo vedada a cobrança de valores diferenciados pelas operadoras em razão da idade de seu beneficiário/usuário<sup>182</sup>.

Também foi considerado improcedente o pedido constante da ADI no tocante ao artigo 19, parágrafo 5º, da Lei 9.656/1998, por considerarem os ministros que o mesmo tem sua redação de acordo com o princípio da razoabilidade. Isso porque, tal dispositivo prevê que os beneficiários/usuários dos planos não podem ser prejudicados, pouco importando a eventual existência de impasses no registro administrativo das empresas de planos de saúde ou na adequação à disciplina normativa, dos contratos celebrados após 2 de janeiro de 1999. Desta forma, os consumidores dos planos passam a ter a garantia de que todos os benefícios de acesso e cobertura previstos na lei e em seus regulamentos serão aplicados aos seus contratos. Também entenderam, neste caso, não haver ofensa ao devido processo legal substantivo.

Por fim, também foi julgada constitucional a questão da necessidade de ressarcimento a ser feito pelos planos de saúde ao SUS, prevista no artigo 32, *caput* e parágrafos do marco regulatório, de despesas relativas a serviços de atendimento aos consumidores, previstos nos contratos prestados por entidades do Sistema Único de Saúde (SUS), tendo em vista que tal comando normativo não cria nova fonte de receitas para seguridade social, nos termos do artigo 195, parágrafo 4º, da Constituição Federal, sendo uma mera consequência desta relação jurídica firmada pelas partes dentro de um ambiente regulado, conforme ocorre na saúde suplementar.

Neste sentido também se manifestou o ministro Marco Aurélio ao afirmar que<sup>183</sup>:

---

<sup>182</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.931. Requerente: Confederação Nacional De Saúde - Hospitais Estabelecimentos E Serviços (CNS). Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. p.37. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. Acesso em: 17 de setembro 2018.

<sup>183</sup> Ibid., p.39.

“Atentem para a dinâmica do ressarcimento. Criou-se mecanismo assecuratório da completude do sistema. A atividade dos planos de saúde, embora lucrativa, satisfaz o interesse coletivo de concretização do direito à saúde, incrementando os meios de atendimento à população. Essa distribuição, contudo, não comporta distorções e desequilíbrios, tais como os decorrentes da sobrecarga do Sistema Único de Saúde com consumidores contratualmente amparados pela iniciativa privada. A lógica é inversa à preconizada no preceito constitucional tido por violado: o reembolso decorre de falha na execução da avença relativa ao plano de saúde, e não da necessidade de aumento das receitas da seguridade social. Daí se extrai não ter sido o ressarcimento instituído para custear a seguridade social, mas para recompor despesas públicas atribuídos aos atores privados.”

O que o ministro quis foi somente frisar que, se o Poder Público atende a particular em virtude de situação incluída na cobertura contratual, deve o SUS ser ressarcido tal como faria o plano de saúde em se tratando de hospital privado, tendo em vista que o disposto na norma busca evitar o enriquecimento ilícito das empresas, bem como a aceitação de um modelo no qual a saúde suplementar seja submetida tão somente a lógica do lucro, independentemente deste lucro estar sendo auferido com a receita dos beneficiários/usuários ou pelos cofres públicos.

Conforme explicado no capítulo anterior no item que tratava dos sistemas de saúde previstos em nossa Constituição, quando as operadoras de saúde optam por atuar neste mercado, paralelamente à atuação estatal, logicamente passam a responder integralmente com as obrigações que assumiram, todas objeto de regulação pela ANS.

### **3.3.2 – O posicionamento atual do STJ nos hard cases**

Considerando a amplitude do tema, serão abordados no presente tópico somente alguns assuntos específicos relacionados a questão da saúde suplementar.

Para tanto, foram selecionado alguns julgados do STJ, a saber: a) Recurso Especial nº 1.568.244 - RJ (versa sobre a possibilidade de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária referente aos idosos); b) Recurso Especial de nº 1.712.163 – SP (trata sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não registrado pela ANVISA); c) Recurso Especial 1.764.859-RS (tem como tema a limitação da cobertura ambulatorial nos casos de urgência e emergência); e, d) Recurso Especial 1.721.705-SP (versa sobre negativa de tratamento experimental).

Começando pelo reajuste dos planos dos idosos, foi julgado o Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, com decisão publicada no DJe no dia 19/12/2016, que teve como relator o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Esta decisão foi proferida antes da decisão do STF acerca dos dispositivos do marco regulatório que foram questionados via ADI.

Neste julgado, ficou decidido que esta variação relativa aos reajustes dos planos das pessoas da terceira idade, na forma das contraprestações pagas pelos mesmos, só pode ser feita se previamente prevista no contrato, após a criação dos grupos etários previstos no artigo 15, *caput*, da Lei nº 9.656/1998 e, ainda, respeitando os percentuais de reajustes que irão incidir em cada um dos grupos etários, de acordo com as normas expedidas pela ANS<sup>184</sup>.

Relembrando o estudado no capítulo 2, item 2.3, a cláusula que prevê o aumento das mensalidades deve ser sempre elaborada respeitando alguns institutos balizadores: o mutualismo, o cálculo atuarial e a solidariedade intergeracional. E estes cálculos e projeções são feitos levando em conta que as despesas inerentes ao tratamento médico-hospitalar normalmente aumentam junto com a idade da pessoa, aumentando o chamado risco assistencial. Justamente por isso, se respeitadas as diretrizes legais ligadas ao assunto, este aumento pode ser feito, com vista a garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados.

A forma encontrada pela ANS para equalizar tal questão foi elaborar normas que evitassem uma oneração excessiva para dois grandes grupos de beneficiários/usuários: os idosos e os mais jovens. A ideia consubstanciada na norma é aceitar que os valores pagos pelos mais velhos logicamente serão mais altos do que os valores pagos pelos mais jovens, só que de maneira proporcional. Por sua vez, os mais jovens acabam pagando um valor mais alto do que deveriam, considerando a quantidade de vezes que se utilizam das coberturas previstas em seu plano. É o chamado princípio da solidariedade intergeracional.

Com isso, o entendimento do STJ foi no sentido de que não houve violação das disposições previstas no artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso -, pois neste caso concreto não houve a discriminação do idoso pela

---

<sup>184</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.568.244/RJ. Recorrente: Maria Das Gracas Sá. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica E Odonto-Cirurgica. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 23 de novembro de 2016. p.1-3. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557394&num\\_registro=201502972780&data=20161219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557394&num_registro=201502972780&data=20161219&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.



operadora, com a suposta cobrança de valores diferenciados do mesmo, ou seja, um reajuste totalmente desconectado com o aumento do risco assistencial aplicável ao idoso.

Além do respeito à Lei dos Planos de Saúde e ao Estatuto do Idoso, para que não sejam considerados abusivos os ajustes, estes devem respeitar os ditames previstos nas normas reguladoras expedidas pela ANS, o que nos remete para duas hipóteses:

A primeira é aplicável aos contratos novos celebrados entre 02 de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2003, situação na qual os reajustes devem respeitar o previsto na Resolução CONSU nº 6/1998. Esta norma trata da fixação de parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas. Prevê a criação de sete faixas etárias e de um limite de variação entre a primeira e a última. Assim, o reajuste da faixa que compreende os maiores de 70 anos não poderá nunca ser superior a seis vezes o previsto para os beneficiários/usuários que se encontram enquadrados na primeira faixa, de zero a dezessete anos. Além disso, também prevê que esta variação dos valores pagos não pode atingir o beneficiário/usuário idoso que já se encontrar vinculado ao seu plano por prazo superior a dez anos.

A segunda hipótese se aplica somente aos contratos celebrados a partir de primeiro de janeiro de 2004, quando devem ser aplicadas as regras contidas na RN nº 63/2003 da ANS. As diretrizes contidas na mesma são semelhantes à anterior, com diferença de que agora devem ser criadas dez grupos etários diferentes, com o último a partir de cinquenta e nove anos.

Por último, estes índices de reajuste tem de ser fundamentados e comprovados atuarialmente, de forma que consiga manter a continuidade do contrato tanto para seus beneficiários/usuários – novos e idosos -, quanto para as operadoras.

O STJ, ao julgar o referido recurso se preocupou sim com as consequências práticas de sua decisão, sob todos os enfoques passíveis de avaliação o que, revisitando as ideias trabalhadas a respeito da AED, significa o respeito ao consequencialismo. Foram considerados os reais impactos da decisão para as partes envolvidas. Caso a mesma tivesse sido tomada após as alterações promovidas na LINDB, seria possível afirmar que levou em consideração o disposto

em seu artigo 20, evitando proferir uma decisão baseada meramente em valores jurídicos abstratos.

Do ponto de vista dos planos de saúde, se preocupou com efeitos de sua decisão, deixando bem claro que a realização de tais reajustes é possível, desde que sejam feitos em respeito aos parâmetros citados anteriormente. Assim, o impacto suportado pela empresas não será economicamente tão forte a ponto de provocar a descontinuidade da avença, quer pela sua rescisão, quer pela insolvência da operadora.

Quanto aos consumidores, entendeu que seus direitos só serão violados caso a operadora reajuste os valores fora dos padrões expostos. Caso contrário, ambas as partes devem suportar o ônus financeiro de tais reajustes, com base na ideia do mutualismo e da solidariedade intergeracional.

Levou em conta também a questão das externalidades, presentes neste caso, pois qualquer decisão tomada pelo agente racional, em nosso caso o julgador, irá acarretar o surgimento de custos e benefícios ligados ao caso concreto. Ponderou pela questão da relação custo-benefício para ambas as partes envolvidas no contrato, concluindo que devem suportar os encargos econômicos advindos dos reajustes, desde que seguidos algumas diretrizes.

Assim, evitou que o consumidor seja onerado demais, com mensalidades de valores exorbitantes, que fizessem com que o mesmo tivesse que sair de seu plano. Também se preocupou com a questão econômica das operadoras, de forma permitir que as operadoras possam reajustar os valores dos planos de seus beneficiários/usuários, de acordo com as suas respectivas faixas etárias e em respeito aos demais critérios fixador nas normas de regulação. Foram levadas em conta desta decisão em sua dupla fase: a externalidade positiva, pois trouxe benefícios para as partes contratantes, tais como a continuidade da prestação dos serviços e a externalidade negativa, tendo em vista que as os custos foram suportados proporcionalmente pelos contratantes.

Também considerou outro instrumento presente na AED, a ideia do agente racional, no nosso caso o julgador. Com isso, houve a preocupação, diante das diversas possibilidades previstas pela legislação, de que fosse escolhida a alternativa menos custosa para as partes envolvidas, precificando a sua conduta em relação aos demandantes.

Passando para a questão da obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não registrado pela ANVISA, foi analisada a decisão proferida no julgamento do Recursos Especiais nº 1.712.163 – SP, destacando desde já que esta decisão foi tomada após o julgamento da ADI nº 1.931 pelo STF.

Neste julgamento restou decidido que as operadoras não se encontram obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA, especificamente quando se tratar de medicamento importado, ainda não nacionalizado, com base no disposto no artigo 10, inciso V, da Lei nº 9.656/98, bem como na Recomendação nº 31/2010 do CNJ e nos Enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde<sup>185</sup>.

Esmiuçando um pouco mais esta decisão, o ministro relator Moura Ribeiro<sup>186</sup> iniciou suas colocações a respeito do caso afirmando que

“(...) Atualmente, é pacífico no STF que o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (AI 734.487/PR AgR, Relatora a Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 3/8/2010, DJe-154 DIVULG 19/8/2010, PUBLIC 20/8/2010).” (P 17)

Em uma leitura apressada, pode ocorrer o equívoco de se afirmar que a decisão não estaria levando em consequências seus efeitos práticos, o que não se alinharia com os novos mecanismos contidos nas alterações da LINDB. Seriam as chamadas decisões genéricas, sem a indicação de um dispositivo concreto ora violado, bem como caracterizadas pela ausência da análise de quais os efeitos tal ato decisório poderia causar na operadora parte na demanda.

Todavia, a RN nº 428/2017 da ANS, mais precisamente em seu artigo 20, § 1º, inciso V, alínea “d”, dispôs sobre a cobertura assistencial de que trata o plano-referência previsto na Lei dos Planos de Saúde, permitindo expressamente a exclusão, do âmbito de incidência das prestações assistenciais, do fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados, isto é, aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA.

---

<sup>185</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.712.163/SP. Recorrente: Ondina Bergamo De Queiroz Ferreira. Recorrido: Itauseg Saude S/A. Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 08 de novembro de 2018. p.1. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 26 de novembro de 2018. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num\\_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

<sup>186</sup> Ibid., p.17.

Neste momento, já se torna possível perceber que, apesar de ser plenamente possível o controle dos atos reguladores praticados pela ANS, conforme analisado no capítulo 2, o relator do recurso especial entendeu válida a limitação imposta via ANS. Com isso, apesar de ser possível a sua atuação jurisdicional em desfavor da operadora, declarando, a título de exemplo, a invalidade do normativo, muito pelo contrário, entendeu pela aplicabilidade do mesmo, em respeito a legitimidade que tal agência possui para normatizar tais temas, com base em sua alta especificação técnica de seus agentes. Com isso restou preservada a segurança jurídica presente em tal demanda, em favor da operadora, eis que a mesma apenas atuou de acordo com os ditames previstos pela agência reguladora do setor.

Considerando que a RN nº 428/2017 faz menção ao necessário registro do medicamento junto à ANVISA, mister destacar que a mesma foi criada pela Lei nº 9.782/1999, como autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde. Dentre as suas finalidades previstas no artigo 6º da referida norma, está a promoção da proteção da saúde da população, o que é feito pela realização do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária.

Fechando este microssistema normativo, a Lei nº 6.360/1976 estabelece, dentre outras coisas, que se encontram sujeitos às normas de vigilância sanitária os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos. Mais adiante, no artigo 12 desta norma, existe a previsão de que nenhum dos produtos citados na mesma - inclusive os importados -, pode ser objeto de industrialização, comercialização ou exposição ao consumo, antes de registrado no Ministério da Saúde.

Na continuação de seu voto, o relator Moura Ribeiro<sup>187</sup> cita um Parecer da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde nº 802/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP destacando, dentro do mesmo, que

---

<sup>187</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.712.163/SP. Recorrente: Ondina Bergamo De Queiroz Ferreira. Recorrido: Itauseg Saude S/A. Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 08 de novembro de 2018. p. 23. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 26 de novembro de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num\\_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

“(...) a ausência de registro do medicamento pela ANVISA implica dizer que: não se sabe se o produto traz mais benefícios do que malefícios (segurança); não se sabe se o produto realmente atua sobre a doença para que é indicado (eficácia); não se sabe se o produto está sendo fabricado conforme a legislação sanitária brasileira, isto é, em lotes iguais; com qualidade de insumos; com processo de fabricação validado pela ANVISA (qualidade); não se pode rastrear os lotes de medicamentos para fins de controle sanitário (uma vez que não existe lote registrado na ANVISA), impossibilitando a atuação das autoridades sanitárias, na eventualidade de se precisar retirar o produto do mercado, para proteger a saúde da população; (poder de polícia - urgência); não se pode fiscalizar o estabelecimento de produção do laboratório para verificação o adimplemento das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA; (poder de polícia - regular).”

Ao citar e acatar as orientações contidas neste parecer, o julgador utilizou, ainda que de forma indireta, de dois mecanismos presentes na AED: o consequencialismo e as externalidades.

Quanto ao consequencialismo, foi devidamente observado, já que a decisão proferida ao final se preocupou em verificar, detalhadamente, considerando todos os normativos, das diversas agências envolvidas, aplicáveis ao caso concreto, quando da elaboração da fundamentação de sua decisão.

Já as externalidades negativas também foram apreciadas pelo magistrado, ao considerar os motivos constantes no parecer que poderia trazer malefícios ao beneficiário/usuário, tendo em vista que, pela ausência de registro do medicamento, é impossível se o medicamento é eficaz e se esta sendo produzido com qualidade, dentre outros fatores citados.

Leva em consideração também a resolução a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, também analisada no início deste capítulo, na qual se recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, com base no previsto nos artigos 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, ambas prezando pela garantia da qualidade de vida dos beneficiários/usuários dos planos de saúde<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.712.163/SP. Recorrente: Ondina Bergamo De Queiroz Ferreira. Recorrido: Itauseg Saude S/A. Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 08 de novembro de 2018. p. 24. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 26 de novembro de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num\\_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

Neste ponto, mais uma vez lança mão de alguns instrumentos da AED, tais como o consequentialismo, a escolha racional e as externalidades, com base na referida recomendação.

O primeiro quando analise os impactos reais que seriam causados às operadoras caso fossem ignoradas as recomendações pela vedação ao fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA. Isso porque, caso desconsiderasse todos os normativos que preveem expressamente que a conduta da operadora do plano é regular, certamente isso causaria um ônus financeiro enorme pois, com base nesta primeira decisão, dezenas, talvez milhares de outros consumidores entrariam na Justiça com o mesmo pedido. Com isso, a operadora, que realizou todos os seus cálculos atuariais, em consonância com os conceitos já trabalhados de aleatoriedade, mutualidade e solidariedade intergeracional, passaria a ter que arcar com um custo não previsto neste cálculo, onerando desnecessariamente sua prestação de serviços.

O segundo quando, diante de algumas possibilidades distintas, o julgador opta por escolher racionalmente aquela que lhe parece a menos prejudicial em relação aos atores envolvidos no processo.

O terceiro quando considera que a sua decisão pode provocar algumas externalidades em reação à ambas as partes. Para a operadora um ônus excessivo de ter de passar a arcar com algo que não havia sido calculado quando da constituição de seus fundos, com base nas prestações pagas por seus beneficiários/usuários (externalidade negativa). Para os consumidores, a possibilidade de riscos à saúde, tendo em vista que tais medicamento podem ser considerados “ilegais” (externalidade negativa).

Todos estes pontos trabalhados na decisão reforçam a preocupação do juiz de não criar uma imposição judicial para que as operadoras de planos de saúde tenham que fornecer medicamentos em desacordo com os normativos do setor ou, pior, a praticarem atos tipificados como infrações de cunho sanitário, sob pena de violação, por parte do Judiciário, do princípio da legalidade. Como se não bastasse, ao final, deixa claro que, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode mais recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário/usuário.

Quanto ao julgamento do Recurso Especial 1.764.859-RS<sup>189</sup>, que teve como tema a limitação da cobertura ambulatorial nos casos de urgência e emergência, restou decidido que não deve ser considerada abusiva cláusula contida em plano de saúde que limite a cobertura a doze horas, no atendimento ambulatorial de urgência e emergência.

O primeiro fundamento utilizado pelo julgador foi a de que todo e qualquer plano de saúde tem de oferecer uma garantia de que a sua cobertura abranja pelo menos os serviços médicos constantes do plano de referência, de acordo com os artigos 10 e 12 da Lei n. 9.656/1998. Tal ponto já foi regulado pela Resolução n. 13, de 3 de novembro de 1998, do CONSU, que dispôs sobre a cobertura do atendimento obrigatório nos casos de urgência e de emergência, com especificação de sua abrangência em cada segmentação de atendimento.

A norma prevê de modo expresso que, no caso do segmento de atendimento ambulatorial, a operadora deverá garantir que o plano ofertado cubra os casos de urgência e de emergência, limitada, em ambos os casos, até as 12 (doze) primeiras horas do atendimento. Passado esse lapso temporal, caso seja necessária a internação hospitalar do beneficiário/usuário — campo de assistência que se encontra fora do âmbito de proteção dos planos ambulatoriais —, cessa a responsabilidade financeira da operadora. E, mais a frente, prevê que se o hospital no qual o paciente se encontre não tenha condições de conferir prosseguimento no atendimento do paciente, deverá, ainda, promover sua remoção para hospital capacitado para tal.

De modo diverso, quando se está diante da oferta de planos na modalidade atendimento hospitalar, a mesma norma prevê que deverá ser garantida ao beneficiário/usuário a cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, sem nenhuma limitação de tempo.

De se destacar o seguinte trecho do voto do relator Marco Aurélio Bellizze<sup>190</sup> ao afirmar que

---

<sup>189</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.764.859-RS, Recorrente: Unimed Nordeste Rs Sociedade Coop De Serv Médicos LTDA. Recorrido: Nelson Menegat. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 06 de novembro de 2018. p. 1-2. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 08 de novembro de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1768928&num\\_registro=201800943192&data=20181108&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1768928&num_registro=201800943192&data=20181108&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

<sup>190</sup> Ibid., p. 1-2.

“Como já assentado, é conferido ao segurado a possibilidade de contratar conjunta ou separadamente cada uma das segmentações, o que, naturalmente, deve refletir em sua contraprestação, como decorrência lógica dos contratos bilaterais sinalagmáticos, inexistindo obrigatoriedade de o plano de assistência à saúde abarcar todas as referidas segmentações. Se assim é, não há como se exigir coberturas próprias de segmentação de atendimento não ajustada, do que não decorre nenhuma abusividade contratual ou ilicitude, como quer fazer crer a parte demandante.”

Resta clara, portanto, que o julgador apreciou alguns aspectos da AED neste caso concreto, como o consequencialismo e a escolha racional.

A escolha racional quando considerou, do ponto de vista do beneficiário/usuário, que o mesmo tinha ciência de quais as espécies de planos existentes e, diante desta possibilidade de escolha, optou pelo plano de atendimento laboratorial.

O consequencialismo quando considera que não haverá impacto exagerado na esfera de direitos do beneficiário/usuário, tendo em vista que o mesmo optou por escolher racionalmente o plano que melhor se enquadrava as suas capacidades/possibilidades econômicas.

Com isso foram considerados procedentes os pedidos formulados pela recorrente, considerando que dentro do prazo estipulado de doze horas foram devidamente prestados todos os serviços de urgência e emergência previstos para a cobertura dos planos de atendimento ambulatorial, cessando, a partir deste momento, a responsabilidade da operadora. Fica afastada, portanto, a aplicação da Súmula 320 do STJ, bem como do disposto no artigo 12, inciso II, alínea “a”, da Lei n. 9.656/1998.

Por último, foi analisado o Recurso Especial 1.721.705-SP<sup>191</sup> que trata sobre a negativa de tratamento experimental ao beneficiário/usuário. Na oportunidade foi acolhido o pedido da usuária. Todavia, os fundamentos utilizados talvez não tenham aproveitado o instrumental fornecido pela AED.

Isso porque, quando do início de seu voto, o relator entende que existe disposição expressa prevista no artigo 10, inciso I, da Lei 9.656/98 - Lei dos Planos de Saúde -, que autoriza as operadoras a negar tratamento clínico ou cirúrgico

---

<sup>191</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.721.705-SP. Recorrente: AMIL Assistência Médica Internacional S.A. Recorrido: Marina Zoe Skyvalakis Stegmann. Rel. Min Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de agosto de 2018. p. 1-2. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 06 de setembro de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745491&num\\_registro=201702673838&data=20180906&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745491&num_registro=201702673838&data=20180906&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.



experimental. Também considera que a ANS já regulou o tema, com a elaboração da Resolução Normativa 338/2013, prevendo que é considerado tratamento experimental aquele que não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (*uso off-label*).

Todavia, de forma diversa, entende posteriormente que a pessoa apta a decidir se determinado caso concreto envolvendo um beneficiário/usuário do plano se adequa ao procedimento transcrito na bula/manual da ANVISA é o profissional médico, bem como caso se autorize à operadora a negativa da cobertura, nestes casos, com o fundamento de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula, representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo<sup>192</sup>. Entende, ao final, que o caráter experimental mencionado no dispositivo citado da Lei 9.656 trata tão somente a respeito do tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou aquele que a comunidade científica ainda considera como ineficaz.

Ao elaborar seu voto a relatora Nancy Andrighi<sup>193</sup> considerou que

“(...)A jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que é o médico, e não a operadora do plano de saúde, o responsável pela orientação terapêutica adequada ao paciente. Desse modo, ao estabelecer que a operadora está autorizada a negar cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico que “não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (*uso off-label*)”, a ANS acaba por substituir abstrata e previamente a expertise médica pela ingerência da operadora. Em outras palavras, quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo.”

E, finalizando seu raciocínio, Nancy Andrighi<sup>194</sup> colaciona a bula do remédio negado pela operadora, comprovando que a paciente é portadora de neoplasia

---

<sup>192</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.721.705-SP. Recorrente: AMIL Assistência Médica Internacional S.A. Recorrido: Marina Zoe Skyvalakis Stegmann. Rel. Min Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de agosto de 2018. p. 1-2. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 06 de setembro de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745491&num\\_registro=201702673838&data=20180906&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745491&num_registro=201702673838&data=20180906&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

<sup>193</sup> Ibid., p. 16-17.

<sup>194</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.721.705-SP. Recorrente: AMIL Assistência Médica Internacional S.A. Recorrido: Marina Zoe Skyvalakis Stegmann. Rel. Min Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de agosto de 2018. p. 17. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 06 de setembro de 2018. Disponível em:

maligna do encéfalo e que a bula do Temodal registra que o mesmo é indicado para o tratamento de pacientes com:

“i) um tipo de tumor cerebral chamado glioblastoma multiforme, recém-diagnosticado, em tratamento combinado com radioterapia, seguido de tratamento com TEMODAL® isoladamente (monoterapia); ii) tumores cerebrais como glioma maligno, glioblastoma multiforme ou astrocitoma anaplásico, que apresentam recidiva ou progressão após tratamento padrão; iii) também é indicado no tratamento de pacientes com melanoma maligno metastático. (informação constante da bula conforme disponibilizado pelo endereço eletrônico da ANVISA por meio do link: [http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila\\_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=10954532013&pIdAnexo=1920752](http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=10954532013&pIdAnexo=1920752)).”

Fica claro o posicionamento da julgadora, no presente caso, por entender que tal posicionamento da operadora gera riscos à saúde da paciente, o que pode custar inclusive a vida da mesma, tendo em vista que a empresa está negando um medicamento prescrito pelo médico e com comprovação de utilização para tratamento na própria bula da ANVISA. Assim a operadora de plano de saúde não está autorizada a interferir na atuação médica.

O que fica claro pela análise destes julgados escolhidos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que, após o posicionamento final do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca de eventuais inconstitucionalidades existentes no marco regulatório da saúde, o caminho para a utilização dos mecanismos da AED, alinhados às diretrizes da LINDB, tornou-se um pouco mais claro no tocante às questões envolvendo a saúde suplementar, ainda que muitas vezes os juízes ainda deixem de utilizar tais instrumentos.

#### **4- CONCLUSÕES**

O princípio da força normativa da Constituição possibilita que outros princípios constitucionais sejam aplicados diretamente, utilizando a própria Constituição como vetor de interpretação axiológica.

Outro fator que impacta diretamente nas decisões tomadas pelos juízes e a existência da dupla proteção dos beneficiários/usuários dos planos de saúde

suplementar, que acaba impactando negativamente nas diversas decisões judiciais tomadas simplesmente em favor dos consumidores, sem a devida preocupação com seus impactos econômicos e suas consequências práticas tanto para o demandante direto em determinada ação, quanto para os demais usuários dos planos de saúde.

A saúde suplementar funciona dentro de um sistema de saúde constitucionalmente previsto e, ainda que tal atividade assistencial seja realizada de forma privada, está sujeita a todas as diretrizes previstas nas normas emanadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com base em seu poder normativo, sendo ainda passíveis de fiscalização pelo mesmo órgão.

Ocorre que muitos beneficiários/usuários não querem compreender tais questões e recorrem ao Poder Judiciário, promovendo a chamada judicialização da saúde suplementar, fazendo com que os juízes passem a atuar como os agentes racionais, previstos na teoria da AED, devendo atentar não somente para o respeito às normas processuais a respeito do tema, mas também, e este é o ponto sensível da presente dissertação, se preocupar com as consequências econômicas de suas decisões, utilizando para tanto os mecanismos da AED identificados e estudados ao longo do presente trabalho, para aplicá-los de acordo com as novas diretrizes fornecidas pela LINDB, tornando suas decisões não somente eficazes, mas também eficientes do ponto vista econômico-jurídico.

A atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é considerada legítima, quando atua para em sua função regulatória, pelo fato de se utilizar de diversos elementos técnicos para detalhar os conceitos jurídicos indeterminados previstos no marco regulatório do setor, editando normas específicas que devem sempre ser compatíveis com a Constituição e com as demais leis aplicáveis à saúde privada. Esta especialização é que possibilita uma maior eficiência do ponto de vista instrumental da AED, buscando harmonizar os interesses das diversas partes envolvidas na questão, aumentando também a segurança jurídica no setor regulado.

Porém, procura-se ir mais adiante, além do momento regulatório, para analisar o momento de judicialização do tema, especificamente no que se refere a constatação, regra geral, da falta de utilização, pelos juízes, de diversos instrumentos previstos na AED e inseridos nos novos dispositivos da LINDB. Estas decisões também devem respeitar ao máximo determinadas características dos contratos relativos aos planos de saúde suplementar, para manter o equilíbrio

econômico financeiro de tais documentos, garantindo a continuidade da prestação dos serviços contratados, da forma mais eficiente possível.

O estudo sobre o impacto econômico das decisões judiciais inerentes aos planos de saúde suplementar deve ser feito lançando mão dos instrumentos fornecidos pela Análise Econômica do Direito (AED), em conjunto com os demais institutos já previstos no Direito, merecendo destaque as resoluções elaboradas pelo CNJ, bem como as recentes alterações promovidas na LINDB.

Os fundamentos que já vem sendo utilizados pela maioria dos juízes levam em consideração aspectos muito importantes, considerando que o direito à saúde suplementar deve ser considerado um direito fundamental previsto na Constituição de 1988 e, ainda, que os beneficiários/usuários devem ser considerados como hipossuficientes em relação à operadora, o que atrai a aplicação das normas consumeristas.

Também não se defende de forma absoluta os direitos das operadoras em detrimento dos beneficiários/usuários dos planos, mas tão somente afirmando que as decisões judiciais devem ser pautadas também pela presença de uma clara análise econômica de suas consequências práticas.

Assim, a Economia e, mais especificamente, a Microeconomia servem como ponto de partida para a utilização de diversas noções e de instrumentos específicos necessários para a aplicação da AED às decisões judiciais relativas aos planos de saúde suplementares.

De se ressaltar, também, que quando da utilização de tais métodos, não existe uma preocupação maior com a identificação de quais devem ser os valores que servem como fonte inspiradora para os diversos agentes econômicos envolvidos no processo, ou seja, de maneira bem simples sem se preocupar com a identificação de qual o bem jurídico deve ter maior ou menor proteção legal se preocupando, principalmente, com os meios escolhidos pelos juízes para que se atinja determinado fim. Resta então o questionamento acerca de qual é, então, o foco principal da AED?

De acordo com a revisão bibliográfica realizada, nos parece que o principal foco a ser explorado pela AED é justamente o de se buscar aprofundar cada vez mais as análises de quais serão as consequências de determinadas decisões judiciais para, aí sim, poder se afirmar se as mesmas podem ser consideradas ou não como eficientes, deixando para um plano secundário, quando e se necessário, a

identificação da real utilidade daquele bem/serviço, ou seja, se a decisão escolhida foi certa ou errada.

E justamente com base neste ponto de vista mais pragmático e consequencialista é que se torna possível perceber que muitas vezes, ao tentar garantir direitos dos beneficiários/usuários não previstos claramente nos contratos assinados pelos mesmos com as operadoras, em detrimento do que já havia sido pactuado inicialmente por ambas as partes, acaba provocando um aumento ainda maior dos problemas envolvendo os custos econômicos aplicáveis ao caso concreto.

Se desprovidas da análise que seus impactos geram sobre as partes, os efeitos destas decisões podem acabar recaindo de forma negativa sobre as operadoras de planos de saúde suplementar, tendo em vista que muito provavelmente irá ocorrer a quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados por estas empresas com seus beneficiários/usuários, tendo em vista que as mesmas dependem do pagamento das mensalidades de seus clientes para que se mantenham economicamente saudáveis e, quando esse limite de cobertura assistencial é quebrado mediante decisão judicial, fatalmente ocorrerá este desequilíbrio.

Ficam afastadas, portanto, quaisquer ideias acerca da necessidade de que seja feito juízo acerca de qual a utilidade correta que deve ser buscada pelo agente, bem como, num segundo momento, pelo Estado, tendo em vista que o contexto usado por Posner se situa claramente no âmbito da microeconomia. Assim, o que se busca, na realidade, é justamente a máxima eficiência nas decisões proferidas, independentemente de determinados interesses públicos e privados (beneficiários/usuários) envolvidos na questão em análise.

Apesar de parecer uma afirmação, num primeiro momento, um pouco incoerente com o texto, o objetivo do estudo acerca da possibilidade e da utilidade de se lançar mão da AED especificamente em relação as decisões envolvendo os planos de saúde suplementares é tão somente tentar, de forma científica, realizar uma previsão sobre quais os impactos que determinado cenário social e econômico irá sofrer com a enxurrada de decisões acerca do mesmo tema.

Assim, nos casos envolvendo situações jurídicas de alta complexidade e de grande impacto social, provavelmente nem o Direito, nem a Economia e nem a utilização da AED irão conseguir servir de fundamento para que seja proferida uma decisão integralmente correta e, ainda, de caráter e aplicabilidade universal.

O que a AED pode fornecer e que certamente servirá de subsídio para os juízes, é uma certa previsibilidade e compreensão, ainda que em escalas pequenas, de métodos científicos que nos ajudem a tentar ter um maior controle sobre nosso ambiente social e físico ou, como afirma Posner, o critério pragmático do conhecimento<sup>195</sup>. E, desta forma, as decisões judiciais passarão a ser fundamentadas levando em consideração não somente o estado da pessoa desamparada, mas sim a racionalidade do processo decisório.

Com isso, conclui-se que, ainda que não exista uma resposta clara e correta quando o julgador se encontra diante de casos difíceis (*hard cases*), ainda assim a AED serve para que se possa identificar, com mais precisão, quais as possíveis consequências das decisões judiciais, minimizando os impactos que serão suportados sobre as partes e harmonizando da melhor maneira possível os interesses das mesmas.

## 5- REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista de direito administrativo n. 217, jul.-set.1999. ed. Renovar e Fundação Getúlio Vargas.

ALMEIDA, Celia. **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil**: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Texto produzido por solicitação do IPEA/PNUD, como parte dos estudos que subsidiaram a elaboração do relatório IDH Brasil 1997. Brasília, novembro de 1998, p.9. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0599.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0599.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

---

<sup>195</sup> POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 21.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. **Crise na democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. nº 100. Jan./jun. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**. Direito à saúde, fornecimento gratuito de remédios e parâmetros para a atuação judicial. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Org.). Constituição e efetividade constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar. ANS celebra os 20 anos de regulamentação da saúde suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/4466-ans-celebra-os-20-anos-de-regulamentacao-da-saude-suplementar>>. Acesso em 18 jan. 2019.

**BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação nº 31, de 30 de mar. de 2010.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

**BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação nº 36, de 12 de jul. de 2011.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde complementar.. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

**BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação nº 43, de 20 de ago. de 2013.** Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1234>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

**BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 107, de 06 de abr. de 2010.** Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

**BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação nº 238, de 06 de set. de 2016.** Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

**BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1543020954210&disposition=inline>>. Aceso em 10 dez. 2018

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.931. Requerente: Confederação Nacional De Saúde - Hospitais Estabelecimentos E Serviços (CNS). Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. p.39-40. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2018. Disponível em:



<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>.  
Acesso em: 19 dez. 2018.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.568.244/RJ.  
Recorrente: Maria Das Gracas Sá. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica E Odonto-Cirurgica. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 23 de novembro de 2016. p.1-3. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 19 de dezembro de 2016. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557394&num\\_registro=201502972780&data=20161219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557394&num_registro=201502972780&data=20161219&formato=PDF)>.  
Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.712.163/SP.  
Recorrente: Ondina Bergamo De Queiroz Ferreira. Recorrido: Itauseg Saude S/A. Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 08 de novembro de 2018. p.1. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 26 de novembro de 2018. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num\\_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766947&num_registro=201701829167&data=20181126&formato=PDF)>.  
Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.721.705-SP.  
Recorrente: AMIL Assistência Médica Internacional S.A. Recorrido: Marina Zoe Skyvalakis Stegmann. Rel. Min Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de agosto de 2018. p. 1-2. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 06 de setembro de 2018. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745491&num\\_registro=201702673838&data=20180906&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745491&num_registro=201702673838&data=20180906&formato=PDF)>.  
Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.764.859-RS,  
Recorrente: Unimed Nordeste Rs Sociedade Coop De Serv Médicos LTDA. Recorrido: Nelson Menegat. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 06 de novembro de 2018. p. 1-2. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília-DF, 08 de novembro de 2018. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1768928&num\\_registro=201800943192&data=20181108&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1768928&num_registro=201800943192&data=20181108&formato=PDF)>.  
Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

**BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE).** Resolução nº 31, de 19 de dez. de 2016. Homologa o Regimento Interno do Núcleo de Assessoramento Técnico ao Judiciário para demandas de saúde (NAT/JUD). Disponível em:  
<[http://www.tjse.jus.br/tjnet/publicacoes/visualizar\\_publicacao.wsp?tmp.idPublicacao=3023](http://www.tjse.jus.br/tjnet/publicacoes/visualizar_publicacao.wsp?tmp.idPublicacao=3023)>. Acesso em: 18 de dez. de 2018.

BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas. Pensamento jurídico do possível utilizado como ferramenta legitimadora do ativismo judicial do STF após a Emenda Constitucional n. 45/04. Revista Eletrônica Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 1, 2008. PUC-Rio, p. 11-12.

CAMPOS, Carla da Costa. **Um estudo das relações entre operadoras de plano de assistência à saúde e prestadores de serviço**. 2004, p. 38. 187 f. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Engenharia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/10168/000499590.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Coord. Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

\_\_\_\_\_. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARLINI, Angélica Lucía. **Judicialização da saúde pública no Brasil**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 17-46.

CARVALHO, Cristiano. **A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em 13 dez. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CKAGNAZAROFF, Ivan Beck; MOTA, Normaston Rodrigues. Considerações sobre a relação entre descentralização e intersetorialidade como estratégias de modernização de prefeituras municipais. Revista E & G Economia e Gestão, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 23-41, dez. 2003. Disponível em: [www.spell.org.br/documentos/download/36443](http://www.spell.org.br/documentos/download/36443). Acesso em: 20 mai. 2018.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. Berkeley Program in Law & Economics, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 junho de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

COASE, Ronald Henry. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics. October, 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

COOTER, Robert. **Diritto ed Economia**. In: *Rivista di Diritto ed Economia*, vol. 03. Milano: Giuffrè, 1990.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SALDANHA, Fernanda Monteiro. **Por uma interpretação não utilitarista do Direito**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) (O) Outro (e) (o) Direito. vols. I, Belo Horizonte: Arraes, 2015.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Coord. Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Da Constitucionalização do Direito Administrativo:** Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU** ao PL nº 7.448/2017, p. 4. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico**. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011. (SEM A PAG DEIXO?)

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB, volume 1. 13. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE). **Cartilha:** Fundamentos dos Planos e Seguros de Saúde: Mutualismo, Pacto Intergeracional, Risco Moral e Seleção. 2016. p. 11. Disponível em: <<http://cnseg.org.br/fenasaude/publicacoes/guias-cartilhas/fundamentos-dos-planos-e-seguros-de-saude-mutualismo-pacto-intergeracional-risco-moral-e-selecao.html>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

FERREIRA, Jussara Borges. MORAES, Kelly Cardoso Mendes de. **Contratos bancários e de planos de saúde:** a aplicabilidade do incidente de demandas repetitivas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar:** manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Parte Geral. V. 1, 14ª Ed. – rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 1: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Dimensões da constitucionalização das políticas públicas**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66662>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

HEIDEMANN, Francisco G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José F. (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: EdUnB, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. ***The Path of Law***. Harvard Law Review 457. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002373.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018.

HUMENHUK, Howerston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

JUNQUEIRA, Luciano Antônio Prates; INOJOSA, Rosa Marie; KOMATSU, Suely. **Descentralização e intersetorialidade na gestão pública municipal no Brasil: a experiência de Fortaleza**. XI Concurso de ensayos del clad “el tránsito de la cultura burocrática al modelo de la gerencia pública: perspectivas, posibilidades y limitaciones”. Caracas, 1997. Disponível em: <[http://nute.ufsc.br/bibliotecas/upload/junqueira\\_inojosa\\_komatsu\\_1997.pdf](http://nute.ufsc.br/bibliotecas/upload/junqueira_inojosa_komatsu_1997.pdf)>. Acesso em: 18 mai. 2018.

KORNHAUSER, Lewis. **Sequential decisions by a single tortfeasor**. New York: Preuss, 2000.

MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito Constitucional**. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 56.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 11 ed., Forense: Rio de Janeiro, 1990.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. **O Código Civil e o Código do Consumidor na saúde suplementar**. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 95-118.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONCADA, Luís Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19-20.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais**: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. **A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias**, in: Documentação e Direito Comparado nº 33-34 (1988).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais**, in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº 37 (1992).

POSNER, Richard Alan. **Economic Analysis of Law**. 6a ed. Vol. 869. New York: Aspen Publishers, 2003.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. **Tipologias e tipos de políticas públicas**. Florianópolis, 2012. Disponível em: <[http://igepp.com.br/uploads/ebook/para\\_aprender\\_politicas\\_publicas\\_-\\_unidade\\_04.pdf](http://igepp.com.br/uploads/ebook/para_aprender_politicas_publicas_-_unidade_04.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. (org). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O que é Direito e Economia?** Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Selected Works. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=bruno_meyerhof_salama)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS. Fausto Pereira dos. **A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. Campinas, 2006, p. 84 [tese]. Campinas (SP): Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP; 2006. p. 43. Disponível em: <[http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos\\_FaustoPereirados\\_D.pdf](http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereirados_D.pdf)>. Acesso em: 19 jan.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. In: Revista Diálogo Jurídico, nº 01, vol. 01. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001, pp. 10-11. Disponível em: <[http://files.camolinaro.net/200000611-9669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONSTIT\\_1988.pdf](http://files.camolinaro.net/200000611-9669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONSTIT_1988.pdf)>. Acesso em: 06 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 10. ed. rev., atual. e ampl.; 2. tir., 2010.

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. pp. 8-9. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)> Acesso em: 10 mai. 2018.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**, 3 ed. – São Paulo: RT, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas**: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogeiro Gesta (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2307-2333. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/para\\_entender\\_as\\_politicas\\_publicas\\_-\\_aspectos\\_conceituais\\_e\\_metodologicos.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/para_entender_as_politicas_publicas_-_aspectos_conceituais_e_metodologicos.pdf)>. Acesso em: 07 mai. 2018.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SILVA, Adriano Luís de Almeida. **Direito fundamental social subjetivo**: conceito, características e eficácia da norma constitucional. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4632, 7 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46981>>. Acesso em: 13 jun. 2018.



SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2. ed., São Paulo: RT, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado nº 4, out./dez. 2006.

SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. **Saúde suplementar: regulação e jurisdição**. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). Direito sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. Função regulatória. In: Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE). Número 13 – fevereiro/março/abril - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861. p. 2 Disponível em: < <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/a-func3a7c3a3o-regulatic3b3ria.pdf> >. Acesso em: 18 jan. 2019.

SOUZA, Celina. **“Estado do Campo” da pesquisa em políticas públicas no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 18, n. 51, p.15-20, fev. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15983.pdf> >. Acesso em: 21 jul. 2018.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. O. **Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 121-155.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Edições LTr, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195-196.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória**. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro**: justiça distributiva versus eficiência econômica In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) Direito e economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-96.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras**. In: MORAES, Alexandre. (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. In: Revista de Direito Administrativo nº 177. Rio de Janeiro. jul./set. (1989), p. 29-49. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em 13 mar. 2018.

VENDRAMINI, Luiz Fernando. **Precificação de planos de assistência à saúde**: uma visão integrada. Revista FESPPR PÚBLICA. Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR). p. 3. Disponível em: <[publica.fesppr.br/index.php/rnti/issue/download/1/4](http://publica.fesppr.br/index.php/rnti/issue/download/1/4)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras**. In: ARAGÃO, Alexandre S. (org.). O poder normativo das agências reguladoras, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 283-313.

ZANITELLI, Leandro Martins. **A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial**: algumas considerações em torno da assimetria In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) Direito e economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. **Courts as Healthcare Policy-Makers**. The problem, the responses to the problem and problems in the responses. Direito GV Research Paper Series n. 75, 2013. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS\\_75\\_final.pdf;sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf;sequence=1)>. Acesso em: 23 mai. 2018.